BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFÍA É HISTORIA

LA
TEORÍA POSITIVA
DE LA
COMPLICIDAD

POR

ESCIPION SIGHELE

TRADUCIDA DE LA SEGUNDA EDICION ITALIANA

POR

P. DORADO

Catedrático en la Universidad de Salamanca.

MADRID
LA ESPAÑA MODERNA
Cuesta Sto. Domingo, 16.

1.308.—IMPRENTA Y ENCUADERNACIÓN DE AGUSTÍN AVRIAL,
San Bernardo, 92.

PREFACIO

Este trabajo, en su primera edición, no era más que un opúsculo de veinte páginas, presentado en 1890 como tesis doctoral. La comisión examinadora parece que no aprobó la idea que entonces desarrollé con tanta brevedad. Los estudios que posteriormente he hecho, en vez de cambiar mi modesta, pero independiente opinión, la han confirmado más y más. Fruto de tales estudios es la presente monografía.

La cual, lo mismo que otros trabajos míos anteriores, forma parte de una obra acerca de las *Sociedades criminales*, que hace tres años he emprendido, siguiendo el consejo sabio y afectuoso de mi maestro y amigo Enrique Ferri.

Acaso el orden de esta obra debiera haber sido diferente. Publicando primero *La Muchedumbre delincuente (Folla delinquente)*, después *El Delito de dos (Coppia criminale)*, y ahora esta otra parte de mi trabajo, que debería ser la última, he seguido mi capricho, más bien que la lógica. Por lo tanto, alguien podrá creer que anticipo las conclusiones sin haber

expuesto los hechos que las justifican; pero, en realidad, el material de observaciones y de documentos que sirve de base á mi obra lo tengo ya todo recogido, he estudiado su significación y valor, y he sacado las oportunas consecuencias. Y si al ordenarlo para hacerlo menos indigno de ser presentado al público, he parado mi atención sobre unas partes antes que sobre otras, no me parece que sea este un defecto muy grave. A los que escriben les sucede muchas veces lo mismo que á los pintores, los cuales, después de haber trazado las primeras y grandes líneas de un cuadro, no lo ejecutan de una manera regular y simétrica, sino que van pintando, primero una figura y luego otra, según se lo dicta su fantasía. El público ve el fragmento, lo critica, y el pintor aprovecha esta crítica para hacer las demás partes de su lienzo.

Lo mismo pretendo yo y espero que ocurra con esta breve monografía, en la cual no me he propuesto otra cosa que sentar las bases de lo que á mi juicio debe ser la doctrina positivista de la complicidad.

Escipión Sighele.

Roma, Febrero de 1894.

INTRODUCCIÓN

I

La *unión constituye la fuerza*, dice un antiguo proverbio, que se repite con mucha frecuencia.

La unión constituye la fuerza, tanto en el bien como en el mal, dice un corolario espontáneo de aquel proverbio; pero son muy pocos los que suelen recordar la segunda parte.

Por ejemplo, los legisladores parece que la han olvidado.

* * *

Nadie duda de que si dos hombres reunen sus energías para emprender un trabajo cualquiera, lo realizarán más fácilmente, más pronto y mejor que si aquel trabajo lo hubiera acometido uno solo de ellos (1).

(1) Inútil parece objetar que semejante principio sufre excepciones. Bien sabemos que si hay un proverbio que dice: «la unión

Dado, pues, un fin que ha de realizarse, dada una acción que debe llevarse á cabo, puede, en tesis general, afirmarse que las probabilidades de que el primero se consiga y la segunda se ejecute crecen en proporción directa del número de las personas que concurren á aquel fin y á dicha acción.

Esta es la verdad sobre que se apoya el principio de asociación.

¿Cuáles son las consecuencias de esta verdad en el campo del derecho penal?

Una vez admitido que «la unión constituye la fuerza», preciso es admitir que «la unión de los delincuentes constituye la fuerza en el delito»; ó, lo que es igual, hay que admitir que «el delito en que intervienen varios delincuentes tiene más probabilidades *(caeteris paribus)* de ser ejecutado que el delito ideado y realizado por uno solo».

De donde resulta que el delito de varios delincuentes es más peligroso para la sociedad que el delito de un solo delincuente.



Es ley de naturaleza el que á toda acción corresponda una reacción adecuada.

Por esto todo organismo reacciona contra el peligro que lo amenaza con una reacción proporcionada. La

constituye la fuerza», hay otro que dice: «el que hace por sí solo hace por tres» *(chi fa da sé fa per tre)*. Pero la regla general continúa siempre siendo la de que *varios hombres* pueden más que uno solo de ellos, como la *suma* es siempre mayor que uno de los *factores*. En el caso á que nosotros aplicamos el principio, la excepción no es posible. Dos asesinos que amenazan mi vida me ponen, evidentemente, en peores condiciones que si la amenaza proviniera de un solo asesino.

sociedad, que es un organismo, responderá ó reaccionará contra un peligro grave con una defensa más enérgica que aquella con la que responde á un peligro menos grave.

Ahora, como «el delito de varios delincuentes es más peligroso que el delito de uno solo», claro está que la sociedad deberá oponer al delito de varios delincuentes una defensa más enérgica que la que opone al delito de un solo delincuente.

¿Han aplicado este principio los legisladores y los cultivadores de la ciencia penal?

Hasta el presente sólo lo han aplicado en parte, mejor dicho, en una mínima parte.

* * *

El fenómeno de la unión ó de la asociación de los delincuentes adquiere, como todos los fenómenos, diferentes grados de intensidad, recorriendo en sus varias manifestaciones una especie de trayectoria, á un extremo de la cual está su forma más sencilla, y al otro extremo la forma más compleja.

Desde la simple connivencia de un autor con su cómplice, hasta la reunión de varios coautores ó de varios cómplices; desde la sociedad criminosa formada para cometer un solo delito, hasta la asociación de malhechores formada con el fin de cometer, no un solo delito, sino toda una serie de ellos; desde el acuerdo concertado poco antes del delito en una taberna, hasta la admirable organización de las sociedades de asesinos y de ladrones que tienen sus jefes y sus códigos, el fenómeno de la asociación de delincuentes se desenvuelve á través de una infinidad de

aspectos y con una multiplicidad de matices insensibles: llegando, desde su forma primitiva y embrionaria de la reunión de sólo dos individuos para la perpetración de un delito, hasta la forma más aguda y más grave de aquellas partidas de malhechores que hacen un oficio del robo y del homicidio.

Ahora bien; los legisladores y los cultivadores de la ciencia penal no han advertido el fenómeno de la asociación, ó por lo menos no han creído necesario tomarlo en cuenta, sino en el caso extremo de estas bandas de malhechores.

De todas las demás variadísimas formas de asociación—seguramente menos visibles, y acaso también menos peligrosas, pero no por eso indignas de ser tomadas en consideración—no han querido ocuparse.

Abrase cualquier código ó cualquier tratado de derecho penal, y se verá que la asociación de delincuentes, cuando se componga de un número determinado de personas y tenga por fin cometer una serie de delitos, es considerada, no sólo como circunstancia agravante, sino también como delito *a se*, independientemente de que los delitos ideados por sus miembros hayan sido ó no hayan sido cometidos; pero en ningún código y en ningún tratado de derecho penal se encontrará que se establecen ó se piden medidas especiales para todos los demás casos—que son muchísimos—en que el delito sea obra de delincuentes asociados. En estos otros casos--que los códigos agrupan bajo el título que trata del concurso de varias personas en un mismo delito — se han considerado hasta ahora suficientes las disposiciones que regulan el delito cometido por un solo individuo, y la participación en el delito de cada uno de los asociados se juzga siempre con prescisión absoluta de la circuns-

tancia de que haya tenido compañeros en la ejecución de la obra criminosa.

He tenido, por tanto, razón al afirmar que el principio, en virtud del cual la sociedad debe oponer al delito de varios delincuentes una defensa más enérgica que la que opone contra el delito de uno solo, no ha sido aplicado sino en parte.

Esta miopía para advertir únicamente algunos aspectos de un determinado fenómeno es un defecto particular de los criminalistas clásicos, defecto que se ha revelado también en otros casos: por ejemplo, en el problema de la imputabilidad, ó, para decirlo con vocablo positivista, de la responsabilidad.

De las muchísimas causas que pueden borrar del todo, ó solamente disminuir la responsabilidad, los criminalistas clásicos únicamente vieron algunas: la locura, la menor edad, la sordo-mudez, la embriaguez...; descuidando las demás, acaso menos importantes, pero que, por lo menos, merecían ser notadas (1).

Lo cual dependía, no sólo de las ideas de la filosofía espiritualista, la cual no sospechaba, ó admitía de mala gana, excepciones á la ilusión del libre albedrío,

(1) Entre las causas que deberían modificar la responsabilidad y que fueron olvidadas, cito la *ceguera*. Dice muy bien á este propósito Fioretti: «Nuestro sentido moral se rebela ante la idea de que un ciego deba ser condenado á la reclusión, ó quizá á cadena *(ergastolo)*, con todas las refinadas torturas de la segregación celular y con todas las demás amenidades del trabajo en común con la obligación del silencio, que se leen en nuestro Código monumento. Esto es una verdadera barbarie.» (Ver *La Scuola positiva*, tomo II, pág. 190.) El caso de un ciego delincuente es raro, ó por mejor decir, rarísimo; sin embargo, debería ser previsto. Pero los *principios supremos* se callan acerca de este particular: silencio este que, por lo demás, se encuentra siempre que se presenta un caso verdaderamente nuevo.

sino también del descuido en que se tenía el estudio del *hombre delincuente* en comparación al estudio del *delito*. Este, es decir, la acción abstracta, se descomponía en todas sus más íntimas fibras; aquél se dejaba á un lado; y así como de las condiciones morbosas en que el hombre puede cometer un delito, solamente se notaban las más típicas y evidentes, así también del fenómeno patológico de la asociación criminal no se sabía observar sino las formas más graves.

Se trataba verdaderamente del caso del médico poco experto, que sólo sabe diagnosticar y curar una enfermedad cuando ha llegado á su fase última y más peligrosa.

Nosotros reconocemos que, cuanto más agudo es un fenómeno y cuanto se manifiesta con mayor fuerza, tanto más fácil es advertirlo: antes bien, podría decirse que es una ley fisiológica aquella, según la cual los fenómenos no se advierten sino cuando han adquirido cierto grado de manifestación. «Todas las excitaciones que obran sobre nuestros nervios, escribe Mosso (1), solamente empezamos á percibirlas en el momento en que han adquirido cierta intensidad: la luz, lo mismo que el sonido y que el color, necesita cierta intensidad para que nosotros podamos advertirla.»

Reconocemos también que es natural y lógico el que á esta forma más grave del fenómeno se apliquen los oportunos remedios antes que á las otras; pero creemos que, de la propia manera que un médico avisado, aun prodigando los mayores cuidados á aquel or-

(1) Mosso: *La Fatica e la legge dell' esaurimento (La Fatiga y la ley del agotamiento)*, en la *Nuova Antologia* de 16 de Mayo de 1891.

ganismo en el que haya aparecido determinada enfermedad con caracteres alarmantes, no descuida los demás organismos en que se haya manifestado con síntomas más leves la mencionada enfermedad, así también un sociólogo inteligente, si tiene derecho á preocuparse ante todo y sobre todo de la forma más peligrosa de un fenómeno de patología social, tiene también el deber de no descuidar la menos grave.

Abandonando la metáfora, creemos que el legislador debe tomar en cuenta, no sólo el caso típico de la llamada *asociación de malhechores*, sino también *todos* los aspectos que reviste este fenómeno, desde los más simples á los más complejos; y que á todos, por consiguiente, debe aplicarse proporcionalmente el principio ya recordado de que «la sociedad debe oponer al delito de varios delincuentes una defensa más enérgica que la que opone al delito de uno solo».

II

Hemos dicho que de los múltiples aspectos que reviste el fenómeno de la asociación entre los delincuentes, los legisladores no han sabido ver más que el más grave, y que sólo á éste han atendido en los códigos con disposiciones especiales.

Hemos dicho también que tal aspecto más grave consiste en la «reunión de un número considerable de individuos con el fin de cometer, no ya un delito, sino toda una serie de ellos».

Esta «reunión» constituye por sí sola un delito, á que se da el nombre jurídico de *asociación de malhechores*.

Veamos, con la mayor brevedad posible, la evolución que en los códigos ha seguido este delito.

*
* *

Dejemos á un lado la fácil erudición histórica que podría hacerse á propósito de las formas de la *vis publica* en derecho romano (1), ó del *crimen fractae pacis (Friedensbruch)* del derecho germánico (2), ó de las *comitive dei forjudicati*, de los *exules* y de los *banniti* de las leyes intermedias (3): estos son los precedentes remotos de la asociación de malhechores; pero no nos interesa estudiarlos, porque no consideran la asociación de malhechores como un fenómeno *a se*, distinto de los delitos que los particulares miembros de la misma puedan cometer. De donde debemos partir es del Código napoleónico de 1810.

En este Código es donde, por primera vez (4), se comprende en un artículo especial el *solo* hecho de la asociación criminosa:

«Art. 265. Toda asociación de malhechores contra las personas ó la propiedad es un crimen contra la paz pública.»

(1) «*Qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse judicati sunt.*» L. 2. Dig. *De coll. et corp.*, L. 3; l. 4. D.

(2) *L. Bajuvar.*, IX, 13, 16, y otras leyes bárbaras.

(3) Para todo esto véase Pessina: *Elementi di diritto penale*, vol. III, pág. 305 y sig., y la *Biblioteca del Diritto*, en los vocablos: *Asociación de malhechores*.

(4) Véase Bonnin: *Commentaire du Code pénal*, París, 1845, al art. 265.

¿Qué es lo que se entiende en este artículo por *asociación de malhechores?*

Para poder contestar á esta pregunta, hay que resolver dos cuestiones:

Primera cuestión. ¿Qué número de individuos se requiere para constituir una asociación de malhechores?

El legislador no ha fijado el número mínimo; por tanto, hay que recurrir á la interpretación de los escritores y á la jurisprudencia. Carnot (1) cree que son necesarias al menos veinte personas; pero esta opinión parece exagerada. Los demás autores (Blanche, Rogron, Morin, Rauter) se atienen á las expresiones generales y no discuten las cifras.

El tribunal de Colmar, por sentencia de 20 de Agosto de 1819, declaró como asociación de malhechores á una sociedad de cinco individuos que fabricaban moneda falsa (2).

Mas puede considerarse como opinión común la de que el número debe ser siempre mayor de cinco.

Segunda cuestión. ¿Qué se entiende por malhechores?

Todos los escritores (3) concuerdan en la opinión de

(1) Carnot: *Commentaire sur le Code pénal,* Bruselas, 1835, vol. I, pág. 417 y sig.

(2) Véase Blanche: *Études pratiques sur le Code pénal,* París, 1864, vol. IV, § 287.

(3) Ver Rogron: *Code pénal expliqué,* Bruselas, 1845, al artículo 265; Blanche, ob. cit., pág. 326; Morin: *Répertoire général et raisonné du droit criminel,* vol. I, pág. 201; Rauter: *Traité historique et pratique du droit criminel,* París, 1836, vol. I, pág. 542; Carnot, ob. cit., vol. I. pág. 417; Bonnin, ob. cit., loc. cit.; Ortolan: *Résumé des éléments de droit pénal,* París, 1867, pág. 164 y sig.; Boitard: *Leçons sur les Codes pénal et d'instruction criminelle,* 2.ª ed., París, 1842; Bavoux: *Leçons préliminaires sur le Code pénal,* París, 1821; J. M. Legraverend: *Traité de la legislation criminelle en France,* vol. I.

que por malhechor no debe entenderse cualquier individuo, sino sólo aquel individuo que con sus antecedentes haya demostrado que hace una vida viciosa y culpable. Esto lo prueba, de una manera irrefutable, la relación que acompañaba al Código de 1810, y en la cual se lee, á propósito del art. 265: «Los malhechores de que aquí se trata no son aquellos que obran aisladamente, ó de acuerdo con otros para la simple ejecución de un crimen: el proyecto de ley se refiere aquí especialmente á las bandas ó asociaciones de aquellos seres perversos que, ejercitando el oficio de ladrones ó de bandidos, se conciertan para poner en común sus delitos (1).»

Por consiguiente, el art. 265 del Código penal francés entiende por *asociación de malhechores* la reunión de *más de cinco personas* que tengan *malos antecedentes*.

Esta interpretación restrictiva del vocablo *malhechores,* que limitaba el número de los casos en que pudiera ser aplicado el art. 265, era un *detritus* natural de los conceptos dominantes en las antiguas legislaciones, las cuales no concebían otras asociaciones criminosas que las de hombres ya avezados al delito.

Pero si entonces no podía lógicamente pedirse una concepción algo más vasta y comprensiva del fenómeno de la asociación criminosa, con el tiempo esta concepción había de aparecer.

En efecto, no se tardó mucho en comprender que la reunión de varios individuos con el fin de cometer delitos representaba un peligro digno de llamar la aten-

(1) *Biblioteca del diritto*, vol. I, parte 1.ª, voz *Asociación* (Taillandier).

ción del legislador, aunque estos individuos no hubieran hecho antes una vida culpable. Y algunos códigos posteriores á 1810 ampliaron por lo mismo el concepto de la asociación que nos había dado el Código napoleónico, no poniendo límite alguno con relación á la cualidad de las personas que formaban parte de la asociación (1).

Aún subsistía la denominación de *asociación de malhechores*, la cual denominación podría hacer creer que este título de delito debiera referirse tan sólo á determinadas personas; pero el Código para el reino de Italia, puesto en vigor el 1.° de Enero de 1890, suprimió hasta este último resto de las antiguas legislaciones, cambiando el título de *asociación de malhechores* por el de *asociación para delinquir* (2).

«Los asociados — escribe Zanardelli en su relación al proyecto de Código — deberán siempre responder del delito (de asociación) únicamente por el hecho de haber tomado parte en una asociación para delinquir, *sean cuales fueren sus antecedentes y su conducta;* por lo que se ha reputado impropio el título de

(1) Véase el Código sardo, art. 426 y sig.; Código toscano, artículos 201 y 421; Código parmense, artículos 264-266; Código del reino pontificio, art. 105 y sig.; Código austriaco, art. 278. Solamente el Código napolitano de 1819, el cual, en el art. 154, llamó al delito de asociación de malhechores *comitiva armada*, colocándolo en el capítulo de las violencias públicas, dijo que debía entenderse por comitiva armada aquella que, compuesta de un número no menor de tres individuos, de los cuales por lo menos dos lleven armas propias, ande recorriendo las vías públicas ó los campos con ánimo de cometer delitos ó violencias.

(2) También el Código toscano había abandonado el título de asociación de malhechores y adoptado el de «asociación para cometer delitos».

asociación de malhechores, el cual podía dar lugar á dudas y contiendas (1).»

*
* *

¿Qué nos enseña la breve evolución histórica á que ha estado sujeto el delito de asociación de malhechores?

Nos enseña que el concepto de este delito se ha ido desenvolviendo y agrandando cada vez más. Antes de 1810, los legisladores no habían sentido la necesidad de proveer á la reunión de varias personas con fines criminosos, sino cuando éstas estuviesen armadas, ó recorriesen los campos ó las vías públicas: esto es, cuando hubieran realizado algunos actos de ejecución de sus delitos; en 1810, con atrevida innovación en la ciencia penal, se incriminó únicamente la asociación de varios delincuentes aun en el caso en que éstos no se hallaran armados y aunque no hubieran dado comienzo á ningún acto de ejecución de sus delitos, no requiriéndose más que los miembros de tal asociación fuesen en número considerable y que sus antecedentes justificasen la denominación de *malhechores* que se les daba; en el Código italiano de 1890, estas dos condiciones—que limitaban la aplicación del título del delito—fueron, la una modificada y la otra suprimida completamente. El número mínimo de los asociados—que el Código napoleónico no había fijado, y que la mayoría de los intérpretes y de los comentaristas de este Código creía debía ser superior á cinco—

(1) Véase la relación ministerial al proyecto de Código penal italiano, vol. II, pág. 162.

viene fijado taxativamente en cinco; y la cualidad de las personas que toman parte en la asociación no es ya una condición de este delito, por cuanto el legislador, hablando precisamente de los asociados, dice que deben responder de su delito, *sean cualesquiera sus antecedentes y su conducta.*

Las únicas condiciones que nuestro Código exige, en el art. 248, para que exista una asociación para delinquir, son: que el número de los delincuentes, según se ha dicho, no sea inferior á cinco, y que se asocien, no para cometer este ó aquel delito, sino con el propósito genérico de cometer delitos aun de especie todavía no determinada.

Si comparamos esta disposición, no sólo con las *comitive dei forjudicati* de las leyes intermedias, sino con el art. 265 del Código francés, nos veremos obligados á reconocer que la legislación ha realizado un progreso, porque el fenómeno de la asociación de delincuentes viene ahora considerado con más amplitud que antes: el art. 248 del Código penal italiano puede aplicarse á un número mayor de casos que el art. 265 del Código napoleónico.

La necesidad de proveer con medios especiales á los delitos de los criminales asociados se ha dejado, pues, sentir cada vez con mayor fuerza. Solamente me pregunto por qué el legislador italiano se ha limitado á considerar el fenómeno de la asociación entre delincuentes en los únicos casos previstos en el artículo 248.

¿Es esto lógico? ¿Es justo?

Veámoslo.

III

¿Cuál es el motivo por el que Zanardelli elevó á la categoría de delito la reunión y organización de cinco ó más personas para fines criminosos?

Evidentemente, el motivo no puede ser otro que éste: el mayor daño mediato é inmediato con que amenaza el delito de varios delincuentes en comparación con el que amenaza el delito de uno solo.

Esta y no otra puede ser la razón que legitima el precepto del art. 248.

Ahora bien; yo pregunto: este mayor daño inmediato y mediato, ¿existe tan sólo cuando concurren los extremos exigidos por el art. 248 de nuestro Código? Este mayor daño y peligro, ¿existe tan sólo cuando los delincuentes asociados sean cinco y sus intenciones se dirijan, no ya á un delito especial, sino á varios delitos? ¿No es más lógico decir que, de la propia manera que es muy peligrosa y dañosa la asociación para delinquir, tal y como la define Zanardelli, es también más peligrosa y más dañosa que el delincuente simple y único la unión de dos, de tres, de cuatro delincuentes que se combinen para cometer una serie de delitos, ó la unión de más de cinco delincuentes, los cuales, sin embargo, se hayan concertado para cometer, no muchos, sino un solo delito?

O mucho me engaño, ó no hay ningún razonamiento lógico que pueda demostrarme que la asociación de

los delincuentes comienza á ser un peligro, y por consiguiente á exigir de parte de la ley una reacción especial, únicamente cuando el número de los asociados sea de cinco y sus propósitos se encaminen, no á uno, sino á más delitos. Yo comprendería, aun desaprobándolo, que se sostuviera que la asociación de los delincuentes no es jamás una circunstancia agravante en los delitos cometidos por los mismos; comprendería que, aplicando hasta sus últimas consecuencias un criterio moribundo en la ciencia penal, se sostuviera que el hombre únicamente debe ser castigado en razón del cuánto de mal que personal y materialmente ha hecho, sin consideración alguna á la circunstancia de que haya tenido ó no compañeros en el delito: todo esto lo comprendería, porque sería abstractamente lógico, dado un cierto punto de vista: lo que no comprendo es cómo, después de haber reconocido que la responsabilidad del individuo frente al Código penal cambia según que haya cometido el delito él solo ó asociado con otros, se pueda afirmar que la asociación entre delincuentes modifica la responsabilidad penal del individuo «únicamente en determinadas condiciones y en casos dados».

«El concurso de varias personas en un mismo delito—escribe Zanardelli—no constituye, en general, una especie delictuosa *a se,* ni tampoco una circunstancia agravante. Pero si un número considerable de individuos se asocia, no ya para cometer este ó el otro delito, sino en general una serie de delincuencias..., entonces surge el delito especial de que se trata, y cuyos requisitos son el concurso de cinco ó más asociados y el propósito genérico de cometer delitos (1).»

(1) Relación ministerial al proyecto de Código penal italiano, vol. II, pág. 162.

Pero yo pregunto: ¿Cómo es que, después de haber afirmado de una manera categórica que el concurso de varias personas en un mismo delito no constituye una circunstancia agravante, se tiene valor, no ya sólo para convertir en circunstancia agravante el hecho de la reunión de cinco delincuentes los cuales hayan cometido delitos de acuerdo, sino para elevar á delito (con nuevo milagro en la excesivamente benigna legislación italiana) la *pura intención criminosa* de cinco ó más delincuentes?

¿Cuál es la prueba de que precisamente allí donde lo indica Zanardelli comience el peligro ó el daño de la asociación de malhechores?

Bien sé que se contestará diciendo que es necesario fijar límites, porque de otra manera el concepto del delito de asociación para delinquir quedaría fluctuante y sujeto á las más variadas interpretaciones; bien sé que en las leyes positivas es necesario poner estas barreras que señalan netamente los confines de un hecho, á fin de que la disposición sea clara y su interpretación no dudosa; ni yo censuro el art. 248, que crea un delito y determina los requisitos del mismo: lo que censuro es al legislador que deja aislado en el Código este artículo, que comprende la asociación de los delincuentes en su forma más peligrosa y más aguda, y no piensa en proveer (claro está que en grado diferente) á las otras formas de asociación. Esto es lo mismo, según he dicho más arriba, que percatarse de la enfermedad únicamente cuando ésta presenta caracteres alarmantes, y descuidarla cuando sus síntomas son más leves.

Toda idea debe ser aplicada hasta en sus últimas consecuencias; no es lógico ni justo pararse á la mitad del camino y decir: hasta aquí la aplico; más allá, no.

Y cuando se reconoce que la responsabilidad de un individuo ante la ley se modifica por el hecho de haber tenido por compañeros en los delitos que él ha ideado ó cometido á otras cuatro personas, es imprescindible reconocer que esta responsabilidad se modifica también, aunque en proporciones diferentes, cuando un individuo no sea único en la comisión de un delito.

Por consiguiente, vos, legislador, que habéis sentido tan fuertemente la diferencia que existe entre el delito de un solo individuo y el de más individuos, hasta el punto de incriminar en este último caso la pura intención criminosa; vos, que habéis comprendido tan bien el mayor daño mediato é inmediato que produce una sociedad de delincuentes en comparación con un único delincuente, hasta el punto de haber infringido por ella las normas más elementales y firmes del derecho clásico, habéis olvidado que el peligro que habéis entrevisto en el caso en que los delincuentes sean cinco y se asocien para cometer varios delitos, disminuye, pero no desaparece, cuando los delincuentes sean menos de cinco, ó su propósito se dirija á uno, en vez de á más delitos: habéis sido un sociólogo miope al advertir tan sólo en su grado extremo el fenómeno patológico de la asociación criminosa, y habéis sido un legislador completamente ilógico é injusto, sacando del arsenal de vuestras armas de lucha contra el delito, únicamente para el caso de que los asociados sean cinco, el principio según el cual «un número considerable de personas reunidas para cometer delitos es más peligroso que un delincuente único, y por lo tanto debe provocar por parte de la sociedad una reacción más severa».

Este principio debe ser enunciado en su forma más simple y aplicado en toda su extensión. O, lo que es

igual, debe decirse: el delito de varios delincuentes es más peligroso que el delito de uno solo, y, por tanto, el concurso de varias personas en un mismo delito es *siempre* una circunstancia agravante.

Cierto, deberán graduarse los efectos penales de esta circunstancia agravante, según que el concurso sea de pocas ó de muchas personas, según que el propósito criminoso vaya encaminado á uno solo ó á muchos delitos, á un delito grave ó á uno leve, y según la temibilidad de cada uno de los delincuentes; pero todo esto serán modalidades de aplicación del mismo principio, el cual debe permanecer firme é invariable en su expresión más general, invocándose en todos los casos, y no sólo en los más extremos.

CAPITULO PRIMERO

Evolución histórica del instituto de la complicidad.

Hemos terminado la precedente introducción afirmando que el concurso de varias personas en un mismo delito debería constituir siempre una circunstancia agravante.

El concurso de varias personas en un mismo delito recibe el nombre de complicidad (1).

Debemos, pues, hablar ahora particularmente de la complicidad, para dar la demostración de la teoría enunciada.

Y «puesto que nuestros cerebros—como dice un pers-

---

(1) La palabra *complicidad*, en un sentido estrictamente jurídico, no indica más que la participación secundaria (complices *stricto sensu)* en el delito; pero en una significación general indica la participación, tanto principal como secundaria en el delito. Tocante á esta distinción, véase Ortolán: *Résumé des élements de droit pénal*, París, 1867, pág. 162; Boitard: *Leçons sur les codes penal et d'instruction criminelle*, París, 1842, pág. 191; P. Rossi: *Œuvres complètes*, París, 1863, tomo II, páginas 184 y siguientes; Haus: *Principes généraux du droit pénal belge*, París, 1869, páginas 363 y siguientes; Benoit-Champy: *Essai sur la complicité*, París, 1861; Impallomeni: *Del concorso di più persone in un reato*, en la *Rivista penale*, vol. XXVI.

picaz escritor italiano (1)—van hoy habituándose de tal manera, que nos parece que no conocemos completamente una cosa si no sabemos su historia», bueno será ver ante todo brevemente cuál ha sido la evolución histórica del conjunto de teorías jurídicas y de disposiciones prácticas que regulan la complicidad.

Esta rápida reseña no será tampoco del todo inútil ni infecunda, porque, remontándose hasta los orígenes de una institución y examinando sus caracteres primordiales, se puede fácilmente descubrir, acaso mejor de lo que se crea, cuáles son los modos como este instituto debe ser verdaderamente regulado.

Para juzgar de la bondad de una idea—escribe Spencer—no es un método que deba despreciarse el de ver cómo ha nacido; pues bien; yo pienso que, análogamente, para formarse un concepto exacto de una institución, no es un método que deba despreciarse el de seguir su desarrollo á través del tiempo.

En la genealogía de cualquier organismo se contienen siempre todas las razones de su actual existencia.

I

En la antigüedad no encontramos, como es muy natural, una doctrina general de la complicidad.

Sin llegar á Grecia, donde sólo se recuerda una ley, en virtud de la cual se castigaba con la misma

(1) A. Gabelli, en la *Nuova Antologia* de 16 Enero de 1890.

pena á aquel que había aconsejado un delito y al que lo había ejecutado (1), vemos que en Roma se halla regulado el concurso de varias personas en un mismo delito en las *leyes* particulares que se ocupan de esta ó la otra forma especial de delincuencia.

Más que una doctrina, lo que hay, por tanto, es un conjunto fragmentario de opiniones sobre las cuales es difícil construir una teoría, no sólo porque no están ligadas entre sí por nexo lógico ni dependen de un solo principio, sino porque era sobre todo un carácter particular del derecho romano el ocuparse poco de la definición de los delitos y de las penas, y mucho, en cambio, de las formas del juicio. Creían los romanos que la cosa de más importancia en la vida práctica del derecho era el que una autoridad competente sentenciase, después de observar las formalidades del procedimiento: cuanto al contenido de la sentencia, tanto en lo relativo á la determinación de los requisitos constitutivos del delito como en lo relativo á la pena que debiera infligirse, lo dejaban abandonado al arbitrio del juez (2).

Criterio justísimo (que la escuela positiva ha resucitado hoy, gozosa y orgullosa), ora porque revela el espíritu práctico de dejar al juez la conveniente libertad para apreciar las circunstancias de los hechos especiales, incoercibles en las breves fórmulas jurídicas, bien porque demuestra que los romanos pensaban ser más útil, desde el punto de vista social, preocuparse

(1) Esta ley ateniense la refiere Ulpiano, y Grocio (*De jure belli et pacis*, tomo II, pág. 112) la recuerda. Véase Benoit-Champy: *Essai sur la complicité*, París, 1861, pág. 35.

(2) Véase Cartori: *Concorso di più persone in uno stesso reato*, en el *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, de P. Cogliolo, vol. I, parte III, páginas 524 y siguientes.

de las formas del procedimiento, que son la garantía de los hombres honrados, es decir, de los que aún no han sido declarados delincuentes, que no de las leyes penales, las cuales sólo sirven para los bribones.

Los romanos sentían que con medianas disposiciones legales sobre las penas y los delitos, pero con óptimas leyes de procedimientos, resulta bastante mejor la administración de la justicia, que no con óptimas leyes sobre las penas y los delitos y leyes medianas de procedimientos (1).

Pero, á pesar de este carácter de la legislación romana, que la hacía poco apta para formular categóricamente normas jurídicas precisas y claras, y aunque las particulares *leyes* antes mencionadas se hubieran promulgado con intentos diferentes, por hombres diversos y en contingencias distintas, sin embargo, en todas ellas palpita un concepto único que los modernos legisladores—los cuales se llaman más civilizados y más humanos que los antiguos, y lo que son muchas veces es más indulgentes con los malhechores—han rechazado desdeñosamente. Dicho concepto—quizá demasiado sencillo para quien considera el derecho como un conjunto de teorías intrincadas y abstrusas, pero no por eso menos verdadero, á nues-

(1) Véase sobre esto, en la *Scuola positiva,* año III, núm. 1.°, la nota de Enrique Ferri al artículo de R. Garofalo: *La Riforma della procedura penale.* Notaba perfectamente Ferri que en Italia se ha seguido el orden inverso por importancia práctica en las reformas de la legislación penal. En efecto, primero se hizo la reforma del *Código penal,* luego se pensó en la reforma del *Código de procedimiento penal,* y acaso en lo futuro se pensará — si es que se piensa — en la reforma de la *Organización judicial,* mientras que por las razones indicadas en el texto, y por demás evidentes, es claro que la lógica aconseja que se hubiera seguido un orden cabalmente inverso.

tro entender, en ciertos casos — es el siguiente: «que se puede responder del delito hasta con un hecho distinto de aquel en que el maleficio se concreta» (1).

En la ley *De parricidiis* encontramos que se castiga con pena igual á la del autor principal á los cómplices del parricidio, y entre estos últimos, se recuerda especialmente á los que hubieran suministrado el dinero necesario para adquirir el veneno ó para pagar á los agresores (2). En la ley *De sicariis* encontramos equiparado el que propone el veneno á quien lo suministra: «Qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit vel vendiderit, vel habuerit, quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo qui publico judicio rei capitalis damnaretur». Y en otra parte de la misma ley Cornelia: «Nihil interest occidat quis an causam mortis praebeat» (3).

Octavio Augusto, en la ley *De adulteriis*, conminó con la pena del adulterio ó del estupro á quien prestase la propia casa para consumar el delito (4).

Valentiniano y Valente, en 365, bajo el título: *De maleficiis et mathematicis et caeteris similibus*, proclamaron la máxima: «Culpa similis est tam prohibita discere quam docere» (5). Valentiniano, Valente y Graciano, en 374, bajo el título: *De his qui latrones vel aliis criminibus reos ocultaverunt*, dispusieron: «Eos qui secum alicui criminis reos occultando, eum eam re sociarunt, par ipsos et reos poena expectat» (6). Honorio y Teodosio, en 415, proclamaron la regla:

(1) Véase Pessina: *Elementi di diritto penale*, vol. I, pág. 255.
(2) Castori, ob. cit., cap. I.
(3) Ley 15, Dig. *Ad legem Corneliam de sicariis*.
(4) Castori, ob. cit., loc. cit.
(5) Ley 8, Cod. L. IX, T. 18.
(6) Ley 1, Cod. L. IX, T. 39.

«Crimen non dissimile est rapere, et ei qui rapuerit raptam rem scientem delictum servare» (1), y declararon también responsables de peculado «qui ministerium eis ab hoc adhibuerunt, vel qui substractas ab his scientes susceperunt, eadem poena percellendi» (2).

En las *Instituciones* se enumeran varias formas de complicidad, bajo el título *De obligationibus quae ex delictu nascuntur:*

«Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecit, »qualis est is cujus ope et consilio furtum factum est. »In quo numero est qui tibi nummos excupit ut alius »eos raperet: aut tibi obstiterit ut alius eos acciperet. »Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro »fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam »et non data opera ut furtum admitteretur, factum »est, in factum actio dari debet. At ubi ope Maevii »filius furtum fecerit, ambo furti tenetur. Ope consi»lio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas »forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium »effringit, ut alius furtum faceret: quire ferramenta »ad effringendum, aut scalas ut fenestris suppone»rentur, commodaverit, sciens cujus gratia commo»daverit (3).»

Ulpiano considera responsable de hurto á quien convence al siervo á huir, y cita la opinión de Pomponio conforme con la suya (4).

Labeón escribe que «non minus delinquunt receptatores quam aggressores» (5); Ulpiano asimila el mandante al mandatario: «eadem severitate voluntatem

(1) Ley 9, Cod. L. IX, T. 12.
(2) Ley 1, Cod. L. IX, T. 28.
(3) *Instituciones*, L. IV, I, 1, § 11 y sig.
(4) Ley 36, Dig., L. 45, II.
(5) Ley 3, par. 3, Dig., L. 45, IX.

sceleris qua effectum jura puniri voluerunt» (1); Meciano quiere que se castigue á los cómplices lo mismo que al parricida, como se desprende del siguiente pasaje de Ulpiano: «Ait Mecianus etiam consciis eadem poena adficiendos, non solum parricidae: proinde conscii eadem poena adficiendi sunt» (2).

Y sin citar otras disposiciones legales, me parece que las que quedan referidas, las cuales equiparan en la pena á ciertos cómplices ó partícipes en un delito con los verdaderos autores materiales del mismo, bastan para mostrar cómo la sabiduría práctica de los romanos, más que á la objetividad de los hechos, con frecuencia engañadora, miraba á la subjetividad de la intención, síntoma bien seguro de la maldad del agente.

Esta misma sabiduría práctica es la que hacía que los romanos castigaran lo mismo la tentativa que el delito consumado: «eum qui hominem non occidet, sed vulneravit ut occidat, pro homicida damnandum» (3). Y como homicida era considerado «is qui cum telo ambulat hominis necandi causa», igualmente que era castigado como parricida «is qui venenum emit ut patri daret» (4).

Las cuales normas han sido abandonadas como bárbaras y no correspondientes al desarrollo moderno del

---

(1) Ley 11, par. 3, L. 45, I, IX.

(2) Ley 6, Dig., L. 45, IX.—Hay muchas otras leyes que equiparan en la pena á los cómplices de un delito con los autores; pero son leyes que se refieren á delitos políticos, de conspiración contra la forma del Estado, y que, por lo mismo, no atañen á nuestro asunto sino indirectamente. Véase sobre esto Castori, ob. cit., *loc. cit.*

(3) V. Niccolini: *Questioni di diritto.—Della complicità nei reati e sue relazioni col tentativo*, Liorna, 1853, pág. 66.

(4) L. I, Dig., *Ad L. Pomp. de parric.*

derecho, siendo así que encierran, no sólo un medio utilísimo de defensa social, sino también un principio de moral altamente civil. Y es un fenómeno extraño el ver que, mientras la mayoría de los jurisconsultos ensalza continuamente el derecho romano, y quiere que aún hoy, después de tantos siglos, nuestras leyes se inspiren en las romanas, por virtud de aquel reverente respeto que sentimos hacia los tiempos antiguos, respeto que Bentham llamaría un sofisma de la autoridad (1), y Lombroso, con una sola y más feliz palabra, misoneísmo; es extraño, digo, el ver que la admiración y la imitación de lo que hicieron los legisladores romanos cesan precisamente allí donde podrían ser más oportunas y más justas. Aún hoy se nos quiere imponer el derecho civil de los romanos, sin tener en cuenta que tiempos distintos exigen leyes distintas; pero no se piensa en hacer revivir en nuestros códigos penales algunas de las disposiciones de los libros 47 y 48 del Digesto, las cuales son aún hoy útiles y verdaderas, supuesto que responden á la necesidad, entonces como hoy sentida (antes bien sentida hoy con más fuerza), de defender contra los delincuentes á la sociedad (2).

(1) Véase Bentham: *Traité des sophismes politiques,* Bruselas, 1840, pág. 37.—Hablando del respeto que generalmente se tiene á todo lo que se ha hecho ó dicho en tiempos pasados, dice Bentham que tal respeto lo justifican los más llamando á los tiempos pasados *tiempos viejos*, con lo que dan á entender que deben poseer más experiencia; pero — observa acertadamente el autor —el dar á las edades anteriores la denominación de tiempos viejos, es lo mismo que dar la denominación de hombre anciano á un niño que esté en la cuna.

(2) Véase á este propósito el artículo de E. Ferri: *La Riabilitazione del diritto penale romano,* publicado en el volumen consagrado á honrar á Felipe Serafini (Pisa, 1892), y reproducido en *La Scuola positiva,* tomo III.

Prevaleciendo, pues, en el Derecho romano el criterio subjetivo sobre el objetivo para juzgar los delitos, se comprende bien que no puedan hallarse grandes y taxativas diferencias de penalidades entre los *autores*, en el sentido estricto de la palabra, y los demás participantes en un delito.

Mas no por eso debe creerse—como lo hicieron algunos escritores, y entre ellos Luden, Hepp y Rossirt—que todos los participantes fuesen siempre y sin excepción alguna castigados con la misma pena que el reo principal: esta aplicación demasiado absoluta del principio de la equiparación en la pena de los varios participantes, no pudo tener lugar: primero, porque, como ya se ha dicho, el derecho romano no tiene una doctrina general sobre la complicidad, y segundo, porque hay leyes que muestran cómo, en algunos casos, se distinguía, para la aplicación de la pena, el grado de concurso que en el delito había tenido cada individuo.

Así, por ejemplo, Celso distingue la participación mediante consejo, de la participación mediante auxilios materiales (1); la ley I, Cod., L. IX, T. 13 distingue los agentes principales del rapto de los cómplices secundarios, y á estos últimos no les aplica la confiscación de bienes; la ley I, Cod., L. IX, T. 38, mientras que castiga con la *vivi combustione* al que hace derivar el agua del Nilo antes de que éste haya crecido hasta la altura prescrita, conmina á los sabedores y *consortes* con la simple deportación (2).

(1) Ley 5, § 3, Dig., L. 45, II.

(2) En las *Instituciones*, lib. 4, tit. 1, § 41, se lee: «Qui... tantum consilium dedit... non tenetur furti.» Y en las leyes 54, §§ 4 y 62 del Digesto, se encuentran otros ejemplos de diversidad en las penas entre los varios partícipes. Véase *Biblioteca del diritto*, tomo II, parte I.

A pesar de tales excepciones, dos de las cuales se refieren á argumentos especialísimos y fueron dictadas en las épocas últimas, todavía del estudio de las fuentes resulta de un modo claro y que no deja lugar á dudas, que, sobre todo en los últimos tiempos, era regla general la equiparación del autor del delito al simple partícipe.

En suma, los romanos, en vez de procurar que á cada porción de concurso, físico ó moral, que el delincuente hubiera tenido en el delito, correspondiera un tanto de pena, preferían, en general, imponer igual castigo á todos los cómplices, apoyándose sobre el hecho de que la intención era en todos la misma. Y nosotros, aun admitiendo que este criterio jurídico no puede ser en todos los casos el más justo, sin embargo, reconocemos que es mejor que el criterio que ha prevalecido después, según el cual, se mide la cantidad de pena que á cada particular partícipe corresponde únicamente en vista de la materialidad de los actos que haya realizado.

Reconocemos que es mejor el criterio de los romanos, no sólo por sus aplicaciones, que, lo repetimos, pueden ser, y son á veces injustas, sino por los principios que en el mismo nos parece divisar, latentes, es cierto, ó apenas embrionariamente indicados, pero, sin embargo, inspirados en una concepción alta, serena y positiva del derecho de castigar como función social.

Uno de los mayores errores de los intérpretes y de estudiosos del derecho romano ha sido el pararse á considerar lo que Ihering llamaría la *superficie exterior,* sin darse cuenta ni apreciar como era necesario el sentido íntimo, el espíritu que animaba aquella superficie. Se ha quemado mucho incienso, tanto, que aun hoy nos ahoga el olor, en torno de los más peque-

ños é insignificantes pasajes de las Pandectas ó de Gayo, pero no se ha sabido admirar bastante el maravilloso conjunto y la significación lejana y eterna de aquel ciclópico monumento de doctrinas jurídicas. No se ha comprendido que las disposiciones prácticas no son otra cosa que un índice de lo que es en potencia el derecho, y que éste las sobrepasa en extensión y en intensidad. «No hay, pues, dice magníficamente Ihering, que identificar el derecho de una época con las disposiciones jurídicas de esta misma época. Tales disposiciones no representan otra cosa que el grado de conciencia que aquella época tenía de su derecho. A los que vienen después les corresponde el sacar á luz aquellos preceptos de derecho que quedaron latentes. Si el ojo de la posteridad no penetrase más adentro que los contemporáneos, la historia sería una ciencia muerta y podría contentarse con hacer imprimir en cada período las narraciones contemporáneas (1).»

Por esto es por lo que nosotros, dejando á un lado el significado verbal y superficial de las máximas de derecho, procuramos indagar é ilustrar los principios que las animan.

Los principios que creemos entrever en el modo como el derecho romano regula el instituto de la complicidad son: en primer lugar, que debe atenderse, no á la participación material que cada individuo haya tenido en un delito, sino á su intención; y segundo, que los varios participantes en un delito, además de la propia responsabilidad personal, tienen una responsabilidad colectiva, procedente del solo hecho de haberse reunido para cometer un determinado delito.

(1) Rodolfo Ihering: *El Espíritu del Derecho romano*, trad. ital., Milán, 1855, pág. 29.

Siendo la intención la misma en todos los participantes, y siendo la responsabilidad colectiva común á todos, el derecho romano ha sacado de tales postulados la conclusión tosca é imperfecta de que también la pena debía ser igual y común para todos.

Lo repetimos una vez más: la aplicación y la deducción práctica que el legislador romano ha hecho de aquellos dos principios no puede ser alabada y aprobada de un modo absoluto: era la consecuencia brutal é ingenua de una idea sustancialmente verdadera. El desenvolvimiento infantil de la ciencia del derecho penal no permitía que entonces se hicieran mejor las cosas; pero en aquellos dos principios se halla encerrada en germen la doctrina de la complicidad, que, á nuestro juicio, puede tener hoy su pleno y científico desenvolvimiento. En el principio según el cual se atendía á la intención más bien que á los actos ejecutados, está la primera indicación de la teoría positiva, que dice que el medio represivo no debe depender del concurso en esta ó la otra forma, sino de la índole más ó menos peligrosa del delincuente; y en el principio según el cual se consideraba que los participantes en un delito tenían, además de la propia responsabilidad individual, una responsabilidad colectiva, está la primera indicación de la teoría positiva que hace de la complicidad una circunstancia agravante.

Hace más de veinte siglos que estos principios fueron traducidos en la teoría procustiana de la pena igual para todos los cómplices. Ticio, Cayo y Sempronio han tomado parte en un delito, lo han querido, luego (decía la lógica burda de los romanos) todos deben ser igualmente castigados.

La lógica de hoy ve el error, corrige el absolutismo de semejante aplicación, y dice: Ticio, Cayo y Sempro-

nio han querido todos el delito; por consiguiente, por este solo hecho todos sean responsables juntamente; pero la responsabilidad individual debe graduarse según la temibilidad de cada uno; ó, lo que es igual, que la pena se imponga á cada uno según su índole, pero el hecho de la complicidad sea para todos, además de la particular pena que individualmente le corresponda, una circunstancia agravante.

II

Después del período romano, la evolución histórica que sigue una institución jurídica hasta la época de la codificación no tiene grande importancia y aparece más bien confusa, lenta ó contradictoria.

Indicaremos, pues, ahora la evolución verificada por la complicidad en este período, procurando coger la nota fundamental de la misma, y, por decirlo así, su tendencia, en medio del dédalo de las varias y distintas disposiciones legales.

Al equiparar en la pena á los autores y á los cómplices, la teoría romana había llegado en la práctica á no pocas injusticias notorias. El criterio de tal doctrina era demasiado ciegamente nivelador, y sus consecuencias aparecían algunas veces demasiado absurdas.

Se imponía, por tanto, la reacción de una manera natural, espontánea, y no se hizo esperar.

En efecto, en el derecho medioeval (si se exceptúa

la ley visigoda, la cual asimilaba en la pena á todos los participantes en un delito, indistintamente) (1), comienza á abrirse camino el principio de una gradación entre concurso necesario ó principal y concurso secundario ó accesorio.

El derecho longobardo, sencillísimo en su sistema de penalidad basado sobre las composiciones, distinguió los agentes principales de los reos accesorios. Los primeros—que comprendían los mandantes, los instigadores y los que suministraban las armas para el delito—se denominaron *qui in capite sunt;* los segundos —que comprendían los *auditores*, los *sequaces pro injuria vindicanda*, los que *consilium dederunt*, etc.—se llamaron *sequaces ejus*.

En el caso de *contubernium*, ó sea cuando una turba se hubiera reunido para cometer un delito, se castigaba al jefe mucho más severamente que á sus secuaces. Para constituir esta forma especial de delito, eran necesarios por lo menos cuatro hombres, según Rotario, y la pena era para el jefe de 800 sueldos y para los demás de 80 sueldos.

En general, los cómplices sufrían una pena menor, que muchas veces se reducía á la novena parte de la composición á que estaba obligado el autor del delito, y en los casos más graves, en que se castigaba á los autores con la muerte, consistía en la mutilación ó en la flagelación (2).

No faltaban, sin embargo, algunos casos, aunque raros, de equiparación: lo cual ocurría en delitos que

(1) «Non solum ille qui furtum fecit, sed etiam quicumque conscius fuerit, vel potius ablata sciens susceperit, in numero furantium habeatur et simili vindictae subjaceat.» *Leyes visigodas*, lib. 7, t. 2, ley 5.

(2) Véase Castori, ob. cit., *loc. cit.*

hoy caen fuera de la verdadera figura de la complicidad, á saber: en la receptación y el encubrimiento. En el edicto de Rotario, el que á sabiendas hubiese ofrecido hospitalidad al ladrón era castigado con la misma pena corporal que éste, y lo mismo se disponía con respecto al receptador de cosas robadas. El ocultar el autor ó el cuerpo del delito, se consideraba entonces (lo mismo que entre los romanos) ser socialmente tan grave como el cometer el delito mismo.

Una disposición verdaderamente curiosa, y que me urge notar aquí, porque la hemos de ver más tarde reproducida bajo otra forma en la doctrina de nuestros más recientes y más ilustres jurisconsultos, es la siguiente, que se encuentra en el edicto de Rotario. En el caso de un homicidio ó un robo cometido juntamente por varias personas, Rotario daba á los reos facultades para reunirse al intento de pagar entre todos la composición: *adunandi licentia ut in unum componant*. Lo que equivalía, como fácilmente se comprende, á hacer de la complicidad una circunstancia atenuante, al menos en sus consecuencias penales, puesto que los reos no pagaban más que una parte de la suma que habrían debido pagar entera si hubiesen cometido el delito por sí solos; lo cual dependía del vicio que se contiene en el sistema de la composición; sistema fundado únicamente sobre la necesidad de la reparación del delito y que castigaba á los autores de un delito tan sólo *quia peccatum*, sin preocuparse de castigarles también *ne peccetur* (1).

(1) Otra anomalía, aún más extraña, del edicto de Rotario (c. XV) era la de que el homicidio *in absconse* cometido por *dos personas* se castigaba con el triple guidrigildo, mientras que cometido *por más de dos personas* se castigaba con el simple guidrigildo. Osenbruggen explica esta anomalía con el mayor número

El derecho canónico, en la teoría, si no en la práctica, exagera el concepto romano de la equiparación. Y se comprende. Como en él se confunden, ó mejor se asimilan, el pecado y el delito, bastaba un simple concurso moral para hacer tan responsable á un individuo como á aquel otro que hubiese obrado materialmente, y la intención era la primera y única medida para la pena.

En el caso en que varios individuos hubieran herido á Fulano y éste hubiese muerto, todos respondían de homicidio (1): «Plures unum vulnerantes, pluribusque vulneribus occidentes, etsi is vulnere unius ferierit, ut homicida jure canonum omnes puniuntur, de civili vero is tantum qui occidit tenentur (2).»

No solamente era considerado como autor principal del delito aquél por consejo, fraude ó exhortación del cual había tenido lugar el homicidio «quia consulens est vera causa moralis influens in effectum» (3), sino también «qui omiserit obviare homicidio sive ex dolo, sive ex negligentia» (4), y quien «praesens in tractatu

---

de reos, que quitaba eficacia á la agravante del modo como el delito había sido cometido. Pero á mí no me parece esto una explicación.

(1) En cambio, en Derecho romano no respondía de homicidio más que aquel á cuya acción debía atribuirse el evento.

(2) Can. fin., XXII, 9-8. Nótese la sutil distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil: aquélla, que se resuelve en la pena carcelaria, la cual se impone sobre todo *ne peccetur*, debían sufrirla todos en igual grado, porque todos se habían revelado *temibles* en igual grado; ésta, que se resuelve en la reparación á las víctimas, y se impone sobre todo *quia peccatum*, debía sufrirla tan sólo aquél que verdaderamente había matado. No es posible negar que el criterio es sustancialmente justo.

(3) Can. Pernitiose, 23. *De poenit. Distinc.* 1.

(4) Can. *Non inferenda*, XXVI, 9, 3, 4, 18.

de occidendo aliquet tacet» (1). Además, se dijo: «Non repellentem a socio injuriam si potest, tam est in vitio quam qui facit» (2).

En las legislaciones estatutarias, volvemos, en cuanto á la complicidad, á la confusión é incertidumbre ya notadas.

Según Pertile, los «Estatutos italianos, á comenzar por los antiguos, castigaban generalmente con una misma pena tanto al autor del delito como al que le aconsejó ó al que indujo á otro á cometerlo por medio del ruego, de la exhortación, de la instigación, de la excitación, de los halagos; al que dió instrucciones, al que con el favor y el auxilio cooperó el delito, cualquiera que fuese el acto de su cooperación» (3).

Por el contrario, según Cajazzo, «hay Estatutos en los cuales se halla presunta la igualdad de culpa, y, por consiguiente, de pena, entre autor y cómplice; hay otros, en cambio, en los que se halla presunta la desigualdad; y otros en que no se presume nada, y se deja al arbitrio del juez el castigar al cómplice como al autor, ó menos que al autor» (4).

Castori, aceptando la opinión de Cajazzo—opinión que no puede menos de aparecer exactísima á quien-

---

(1) Cavarruvio, 2, Var. cap. 20, § 2, núm. 9.

(2) Véase sobre esto, Castori, ob. cit.—Advierto también que por derecho canónico, cuando la pena era pecuniaria, se dividía generalmente *pro rata* entre los co-reos.

(3) Pertile: *Storia del diritto italiano*, vol. v, Padua, 1876, § 172, páginas 57 y sig.

(4) F. S. Cajazzo: *Del concorso di più persone in uno stesso reato*. Florencia, Pellas, 1882. Nótese, sin embargo, que, á pesar de las palabras citadas, también Pertile advierte que había Estatutos en que se castigaba á los autores más que á los auxiliadores, aunque el auxilio se hubiere prestado en el acto mismo de delinquir.

quiera que haya examinado, por poco que sea, los Estatutos italianos—da el catálogo de las legislaciones estatuarias que, conformándose con la legislación romana, proclamaban para todos los partícipes en un delito igualdad de pena, partiendo del principio de la igual audacia en todos para violar la ley (1), y enumera los muchos Estatutos que seguían á la más benigna legislación longobarda (2) y aquellos otros que, más lógicos y más sabios que todos los demás, encomendaban al juez la punición, estimando que las circunstancias de hecho son innumerables y variadas y que únicamente por el examen de cada caso particular es posible apreciar rectamente la responsabilidad de los participantes en un delito (3).

En algunos Estatutos de la segunda categoría—los que presumían la desigualdad de pena entre autores y cómplices,—esta desigualdad no consistía sino en una pequeña y á menudo ridícula mitigación de la pena misma. Así, los Estatutos de Florencia, que castigaban con la vivicombustión los delitos de lascivia contra naturaleza, castigaban á los cómplices con la pena de muerte, ejecutada por los modos ordinarios (4).

(1) Estatutos de Génova de 1153, de Niza de 1161, de Augusta Pretoria de 1188, de Vercelli de 1241, de Viterbo de 1251, de Novara de 1281, de Ivrea de 1316, de Turin de 1360, de Moncalieri de 1378, de Cremona de 1387, de Génova de 1153, de 1413, de 1418, de 1528, de 1547, de 1576, vigente hasta la revolución francesa; de Ariano de 1403, de Vicenza de 1426, de Verona de 1450, de Crema de 1534, de Spoleto de 1542, del Friuli de 1673, de Venecia de 1232.

(2) Estatutos de Pistoja, de Parma de 1454, de Reggio de 1501, de Módena de 1545, de Macerata de 1553 y de Sinigaglia de 1553.

(3) Estatutos de Milán, de Ferrara, de Como de 1281 y de 1288, y las Constituciones de Leonor d'Arborea.

(4) Según el Estatuto de Florencia, el mandante de un homicidio era castigado con la muerte si el homicidio se consumaba,

En cambio, en otros Estatutos la desigualdad era exageradamente grande y absurda, como en el Estatuto de Sassari de 1316, que castigaba, cortándole la mano, á quien prestaba un falso testimonio, y sólo con la multa de 25 liras á quien lo hacía prestar.

A las tres categorías de Estatutos que forma Cajazzo hay que añadir una cuarta, que comprende los Estatutos que no seguían un sistema uniforme, ni el sistema de la equiparación, ni el de la desigualdad, ni el de encomendarse enteramente al arbitrio del juez. En efecto, en muchos Estatutos se encuentran con frecuencia disposiciones muy contradictorias; esto, sin contar con que casi siempre la pena se aplicaba en diferente medida entre los varios partícipes, según las condiciones personales agravantes ó atenuantes. Eran, por ejemplo, atenuantes el sexo, la edad avanzada, la cualidad de cristiano y el ser pobre. Por el contrario, eran agravantes la reincidencia, la negación del delito cometido, la condición de extranjero, etc.

Al advenimiento de las dinastías personales, continuaron las legislaciones siendo inciertas y contradictorias.

Las constituciones piamontesas de Victorio Amadeo, de 1729, y de Carlos Manuel, de 1770, establecían la máxima de la equiparación, pero no la mantenían sino en los delitos de lesa majestad.

En Lombardía, la legislación de los Visconti era también severísima en teoría, pero en la práctica los simples cómplices eran menos castigados que los au-

mientras que en el caso contrario, la pena se reducía á la multa, y en caso de insolvencia á la mutilación. El sicario sufría en todo caso una pena ejemplar.—Es curiosa esta disposición, la cual, en el caso de delito frustrado, disminuye la pena sólo al mandante, no al mandatario.

tores. Sin embargo, á veces, cuando se aplicaba el sistema de la equiparación, se llegaba á consecuencias enormes: por ejemplo, los mercaderes ó los patronos que no revelasen las blasfemias que oyeran eran castigados, igual que los blasfemadores, con la muerte ó con la galera.

En la Italia meridional, donde por largo tiempo existieron el derecho romano y el longobardo, se seguía, ora el uno ora el otro, según la cualidad de los litigantes. Las constituciones del rey se resienten también de este dualismo. Un capítulo del rey Roberto equipara en la pena á los receptadores con los ladrones; una pragmática de Fernando de Aragón, de 1480, quería, por el contrario, que se castigase menos á los receptadores. Con la legislación española introducida en aquellas provincias cuando Carlos V las subyugó, habría debido valer tan sólo el sistema de la equiparación; pero en la práctica se continuó manteniendo una distinción entre los concurrentes principales y los accesorios. Nótese que las pragmáticas, después de haber enunciado las penas con que se conminaba á los autores y á los cómplices de cada uno de los delitos, añadían la frase: y *otras al arbitrio* del virrey, ofreciendo de esta manera al juez el medio de moderar la severidad de la ley conforme lo exigiesen las circunstancias.

«Lo que no excluye—añade Castori (1), de quien tomo esta noticia,—que se imaginasen formas de corresponsabilidad que repugnaban á todo principio jurídico y moral. Una pragmática del duque de Alba, de 1627, ordenaba que los parientes en segundo grado de los autores de incendio debieran, en el término de

(1) Castori, ob. cit., *loc. cit.*

quince días, entregarlos, vivos ó muertos, en poder de la justicia, bajo pena de destierro perpetuo.»

Mas no creo que esta pragmática esté bien citada en este sitio, por cuanto nada tiene que ver con el tema que nos ocupa, siendo así que no puede considerarse como una disposición legislativa referente á la complicidad. Más bien es un medio bastante bárbaro para obtener la entrega de los culpables; es, sobre todo, un resto de aquella responsabilidad colectiva que un tiempo era la única forma de responsabilidad. Las leyes antiquísimas hacían extensiva á la mujer, á los hijos, á toda la familia, á todo el *clan*, la pena correspondiente á un delito de que sólo un individuo se había hecho culpable. Esto dependía de que en aquellas épocas primitivas todo grupo de formación natural, como lo era precisamente la tribu ó la familia, constituía una entidad indivisible é indisoluble. El individuo era *una parte*, no *un todo, un órgano*, no *un organismo*, y el castigarle á él solo hubiera parecido una absurdidad, lo mismo que parecería hoy una absurdidad el castigar sólo á un miembro del hombre. Posteriormente, la responsabilidad se fué, claro está, individualizando más y más, aunque conservando algunos vestigios de la responsabilidad colectiva, como, por ejemplo, la pragmática del duque de Alba que dejamos citada, y el destierro de las familias de los delincuentes políticos, destierro que ha durado hasta principios de este siglo (1). Vestigios es-

(1) Véase á este propósito Thonissen: *Droit criminel des anciens peuples de l'Orient*, tomo I; Letourneau: *Evolution de la morale*, París, 1887; Tarde: *La Philosophie pénale*, páginas 137 y siguientes, y mi libro *La Muchedumbre delincuente*, en cuyo capítulo III he hablado ampliamente de la evolución verificada á través del tiempo por la teoría de la responsabilidad colectiva.

tos, repito, de una teoría que mal podía compaginarse con la teoría de la complicidad, en cuanto ésta se funda sobre una participación efectiva (pequeña ó grande, directa ó indirecta, que esto no importa) de algunos individuos en un delito determinado, y aquélla se funda, más bien que sobre una relación de asociación, sobre un vínculo familiar ó de casta, y castiga á los inocentes *sabiendo* que son tales, pues lo que les hace responsables no es el *dolo* ni la culpa, sino únicamente el parentesco.

Bajo la dinastía borbónica las leyes no cambiaron de índole hasta la mitad del siglo XVIII (1), cuando la equiparación se restringió en la práctica á aquellos que hubieran sido causa inmediata del delito.

En Sicilia, donde no dominó nunca la legislación longobarda, sólo tuvieron influencia las normas del derecho romano. Mas la rigidez de la regla de la equiparación experimentó primero raras excepciones, y después fué poco á poco trasformándose en el principio de la desigualdad cuando el derecho arbitrario invadió también la Sicilia insular.

En el Estado romano, á fines del siglo XIV, no obstante los precedentes contrarios del derecho canónico, la regla constantemente seguida fué la diferencia de penalidad entre los participantes principales y los accesorios.

El Código Vaticano, al que se atribuye la fecha de 1366, distinguió claramente el jefe de la riña, de los

---

(1) Una pragmática de 3 de Julio de 1762 castigaba con el látigo y cuatro golpes de cuerda, no sólo á los que nadaban desnudos en ciertos sitios previamente fijados, sino también á los marineros que les hubieran conducido en sus barcas, caso de que no hubieren revelado aquellos hechos en la Gran Corte de la Vicaría.

secuaces, el testigo falso, de quien á sabiendas lo había instigado; el monedero falso, de quien retenía ó expendía ó cambiaba la moneda falsa, al primero de los cuales castigaba con la muerte y á los otros con la multa; los receptadores, á quienes sólo se castigaba con penas pecuniarias, de los autores principales, cualesquiera que fuese la responsabilidad de éstos.

El mismo Código Vaticano ordenó que en los casos presentes, pasados ó futuros, el concepto nivelador de la complicidad se limitase á aquellos que «ex proposito a principio usque ad finem fuerint cum percussore aut principali». Sólo, pues, el acuerdo previo común implicaba la equiparación.

Es verdad que algunas leyes posteriores, como la Reforma de Paulo II en 1469, la de Alejandro VI en 1494 y la de Adriano en 1523, se mostraron más severas, equiparando en algunos casos la pena para todos los participantes; pero en la práctica tales sanciones quedaban á menudo letra muerta.

Así, los jurisconsultos de la época, como Julio Claro, Farinacio, Jousse y Mayard de Vouglans (1), con una de aquellas frecuentes contradicciones de la antigua jurisprudencia, sientan como máxima la regla romana; pero admiten tantas excepciones, que la regla viene á ser suplantada por las excepciones, ó sea la teoría por la práctica, como siempre ocurre.

Fuera de Italia, como se hacía sentir menos, por razones de distancia, el influjo del derecho romano, es más manifiesta que en Italia la tendencia á emanciparse de la doctrina de la equiparación.

(1) Julio Claro: *Questione* 9, n. 1 y 2.—Jousse: *Tratado de la iusticia criminal*, tomo I.—Farinacio: *Quest.* 130 y 135.—Mayard de Vouglans: *Leyes criminales*, pág. 10. Ver también á Matthei, *Theorico praxis criminalis*, Venecia, 1772.

Si se exceptúan las leyes de algunos pueblos del Norte (las cuales, por lo demás, son muy poco conocidas), como la Graga del derecho escandinavo, las leyes de los anglosajones, las de los frisones y las de los germanos (1), todas las demás legislaciones sancionan abiertamente la diversidad de la pena entre los varios partícipes, ó al menos la admiten en algunos casos.

La ley sálica dividía á los agentes del delito en tres categorías é imponía una multa ó *fredum* más ó menos fuerte, según la categoría (2).

Según la ley ripuaria, el reo principal debía pagar 200 sueldos, los tres primeros secuaces 60 sueldos y los otros 15 sueldos.

Una capitular de Carlomagno sancionaba abiertamente la diversidad de pena entre quien hubiera cometido el delito y el que sólo hubiera tenido participación en él: «Actores facti interficiuntur, adjutores vero eorum singuli alter ab altero flagellantur et nares sibi invicem praecidant (3)».

Los Establecimientos de San Luis (4), la constitución criminal de Carlos V (5) y la Ordenanza de 1670 (6), distinguen varias especies de participación en el delito.

Verdad es que alguna ordenanza posterior volvió al sistema de la equiparación; pero el acostumbrado

(1) Ver á este propósito las leyes de los emperadores Enrique IV, Federico I y Enrique VII, en los *Monum.*, De Pertz, libro IV, pág. 57 y sig.

(2) *Ley sálica*, 44, 3. Véase Benoît-Champy, ob. cit., pág. 38.

(3) Pertz: *Monum.*, III, pág. 133.

(4) Libro I, § 32. Como curiosidad, debe notarse que estos Establecimientos castigaban con pena mayor á los hombres que á las mujeres que se unieran á los malhechores.

(5) Art. 177.

(6) Art. 4, lib. XVI. Véase *Repertorio*, loc. cit.

arbitrio concedido al magistrado permitía muy á menudo castigar al cómplice mucho menos que al agente principal. Así, Pitaval cita el ejemplo del asesinato de la marquesa de Gange, cuyos cuñados, asesinos de la misma, por sentencia de 21 Agosto de 1667, fueron condenados á la rueda, y el preceptor Perrette, que había suministrado el veneno, incurrió en la pena de galera de por vida (1).

En Inglaterra, una ley de Enrique I condenaba al homicida al guidrigildo, y el cómplice de homicidio tenía que pagar solamente el *hlolebote,* menor que el guidrigildo (2). Más tarde, los jurisconsultos ingleses distinguieron claramente los delincuentes principales de los accesorios, subdividiendo los primeros en principales de primero y de segundo grado.

III

La tendencia de las legislaciones era, pues, manifiestamente á la separación entre la responsabilidad de los autores, ó participantes principales en un delito, y la responsabilidad de los cómplices ó participantes secundarios. Pero á fines del siglo XVIII esta tendencia no tuvo su sanción en el Código francés de 1791.

El Código francés de 25 de Setiembre de 1791 y el

(1) Pitaval: *Causas célebres*, I, V, pág. 312.

(2) *Leyes Henrici,* 1, 88. Véase Pessina, ob. cit., pág. 256, y para más noticias Blackstone: *Commentaires sur les lois anglaises.*

de 1810, que en esta parte no hizo otra cosa que copiar al primero, volvieron á la severísima teoría romana sobre la complicidad, lo mismo que volvieron también en la materia de la tentativa (1).

Es quizá este uno de los raros ejemplos de suspensión en la evolución progresiva de un instituto, ejemplo debido más que nada á las especiales condiciones del tiempo y del lugar en que estos códigos aparecían.

Sin embargo de que en esta época se realizase en la ciencia del derecho penal la gran transformación

---

(1) El art. 1.º del Código de 1791, dice así:

«Cuando haya sido cometido un crimen, aquel que haya sido convencido de haber provocado al culpable ó culpables á cometerlo, por medio de donaciones, promesas, órdenes ó amenazas;

»De haber conscientemente y en el proyecto del crimen preparado al culpable ó culpables las armas ó los instrumentos que hayan servido para su ejecución;

»De haber conscientemente y en el proyecto del crimen ayudado ó asistido al culpable ó culpables, ora en los hechos que han preparado ó facilitado la ejecución, ora en el acto mismo de la consumación, será castigado con la misma pena señalada por la ley para los autores del referido crimen.»

El art. 59 del Código de 1810, dice de esta manera:

«Los cómplices de un crimen ó de un delito serán castigados con la misma pena que los propios autores de este crimen ó este delito, salvo los casos en que la ley hubiera dispuesto otra cosa.»

Debe, sin embargo, advertirse que este artículo se entendió en el sentido de que el autor y el cómplice incurren en el mismo género de pena, pero sin que sea necesario que la aplicación de la penalidad se haga al uno y al otro en la misma medida. (Decreto de 22 de Enero de 1863.) Y hasta dice Boitard que cuando hay *minimum* y *máximum*, se puede aplicar el *máximum* á los autores y el *minimum* á los cómplices, porque la ley habla de la misma pena refiriéndose á la *cualidad*, no á la *cantidad*. Lo mismo observan también Ortolán y Rogron, y así lo resolvieron muchas sentencias de casación (que pueden verse en Rogron, obra citada).

Debe también notarse que el art. 63 del Código penal francés de 1810, modificado por la ley de 28 de Abril de 1832, estatuye una mitigación de la pena en favor de los receptadores.

iniciada por Beccaria, el cual introdujo en el derecho penal un criterio de *humanidad*, luego exagerado por la escuela clásica hasta llegar á una indulgencia malsana; y aun cuando el mismo Beccaria hubiese condenado la teoría de la asimilación entre los autores y los cómplices de un delito (1), la verdad es que los dos Códigos franceses no dieron oídos á tal voz; inspirándose en la época soldadesca en que aparecieron y cuidándose poco de las leyes existentes, volvieron á poner en vigor la primitiva fórmula romana (2).

Este «retorno á lo antiguo» no lo siguieron las demás legislaciones posteriores, porque, como ya queda dicho, en primer lugar, era debido á las condiciones internas de Francia á principios de nuestro siglo y á fines del anterior, y, en segundo lugar, el desenvolvimiento de la institución de la complicidad mostraba claramente la tendencia á distinguir entre los verdaderos autores y los cómplices de un delito. Esta tendencia pudo ser desconocida por algún tiempo por los códigos franceses, pero por fatal necesidad tenía que readquirir su imperio en los demás países y en otros tiempos.

Así como el progreso civil de un pueblo se estanca á veces, pero para volver á tomar inmediatamente después en el porvenir su curso, así también la natural dirección que la historia asigna á una institución puede alguna vez detenerse, pero para continuar después imperturbable su espontáneo desenvolvimiento.

En efecto, en Italia tuvo siempre ardientes sostenedores la teoría de la desigualdad, y por eso la estable-

(1) Beccaria: *Dei delitti e delle pene*, § XIV.

(2) Ver á este propósito á Chauveau et Hélie: *Théorie du Code pénal*, cuarta ed., París, 1866, tomo I, pág. 409.

cieron todas las legislaciones. Antes bien; puede decirse que en Italia, antes que en ningún otro sitio, surgió una fortísima oposición á la doctrina romano-francesa.

Ya el proyecto de Código penal para el reino de Italia, de 1804, había rechazado el criterio adoptado por el Código de 1791, distinguiendo los participantes en el delito en autores principales y en cómplices, castigando menos á estos últimos y determinando que las cualidades personales no se extienden del uno á los otros co-reos (1).

La ley napolitana de José Napoleón, de 20 de Mayo de 1808, dividió el delito en directo é indirecto, y á los delincuentes en autores, agentes principales y cómplices. Entre los agentes principales se hallaban aquellos que habían aconsejado, instigado ó dirigido el delito; y entre los cómplices, aquellos consejeros y aquellos instigadores que habían facilitado su ejecución, ó habían participado del lucro del delito, ó habían favorecido al reo con algún auxilio posterior. Solamente á estos últimos se les disminuía la pena en un grado (2).

Sobre estas mismas bases, el Código napolitano de 1819 (3) había establecido una diferencia entre la llamada complicidad necesaria y la no necesaria. Y esto, principalmente á causa de la hermosa campaña sostenenida por Liberatore (4) contra la teoría francesa.

El impulso y la dirección del Código napolitano fueron seguidos, sin excepción, por todos los demás có-

(1) Artículos 76 á 84.
(2) Artículos 19 á 23.
(3) Artículos 74 á 77.
(4) Liberatore: *Saggio sulla giurispr. penale del Regno di Napoli*, 1814.

digos italianos, los cuales se limitaron, á lo más, á modificar, no el principio que servía de base á la teoría de la complicidad, y según el cual debían distinguirse dos clases de partícipes, sino solamente algunas modalidades secundarias.

Por lo demás, antes del Código napolitano, el Código penal austriaco de 3 de Setiembre de 1803, que se puso en vigor en el Lombardo-Véneto en 1815 y tuvo imperio durante largo tiempo sobre gran parte de Italia, había dividido las personas que pueden concurrir en un delito, en autores, co-reos inmediatos y co-reos remotos ó cómplices. Solamente en ciertos delitos gravísimos contra la seguridad del Estado y en materia de falsificación de documentos de crédito público, es donde desaparecía toda distinción: la pena era idéntica, cualesquiera que hubiese sido la forma de cooperación.

Disposiciones semejantes, por no decir iguales, contienen: el Código penal para Parma y Plasencia de 5 de Noviembre de 1820; el Reglamento pontificio de 1832 (el cual estatuyó, con criterio acertadísimo, que los participantes en un delito debieran ser castigados en proporción al dolo que habían manifestado al realizar el delito); el Código albertino de 1829; el Código estense de 1852; el Código de San Marino; el Código toscano (el cual, sin embargo, siguiendo, más que á los precedentes códigos italianos, á los alemanes, no disminuye la pena más que al auxiliador, cuando su auxilio no haya sido necesario, y asimila el *auctor materialis* al *auctor intellectualis);* el Código para el reino de Italia, de 1859; el decreto de 1861, para las provincias meridionales, y, finalmente, el nuevo Código penal italiano, puesto en vigor el 1.º de Enero de 1890, el cual, sin designar á los varios partícipes con los

nombres acostumbrados de cómplices, agentes principales ó secundarios, sin embargo, mantiene la distinción.

Las legislaciones de los demás países siguen y acentúan—como las legislaciones italianas después de la codificación—el movimiento de reacción contra el sistema romano-francés.

El derecho inglés—y con él el Código de los Estados Unidos y el de la Luisiana (proyecto de Livingston)—distingue los reos principales *(principals)* de los demás participantes secundarios ó cómplices *(accessories)*, y subdivide los primeros en *principals* de primero y de segundo grado, los segundos en *accessories* antes del hecho y después del hecho (1).

También el Código del Brasil separa los autores de los cómplices. La duración de la pena para éstos se disminuye siempre en un tercio, y la pena de muerte se conmuta por la de trabajos forzados de por vida. Es de notar y de alabar el que el mandante es siempre, *incondicionalmente*, equiparado al mandatario (2).

Los ya derogados códigos alemanes (el prusiano, el bávaro, el de Oldemburgo, el de Wurtemberg, el del gran ducado de Hesse y el del Hannover) también distinguían para los efectos de la pena á los autores inmediatos de los secundarios. Contienen disposiciones muy detalladas referentes á todas las formas posibles

(1) Es, sin embargo, de notar que, por virtud de las severas tradiciones consuetudinarias del derecho inglés, á pesar de las muchas subdistinciones entre los varios partícipes, la pena era igual para todos, excepto para los *accessories after the fact* (cómplices después del hecho). Véase á este propósito á Blackstone, ya citado, y á Dawis: *The crim. law consilidation.* Londres, 1861, páginas 1 á 7.

(2) Castori: obra cita da.

é imaginables de participación: el Código bávaro, por ejemplo, especificaba tres clases de cómplices y tres clases de fautores, para cada una de las cuales iba siempre disminuyendo proporcionalmente la pena.

Los códigos sajones (del reino de Sajonia y de los ducados de Sajonia-Altemburgo y de Sajonia-Weimar), no hablan de autores y cómplices, sino de actos de participación anteriores ó posteriores á la ejecución del delito. Pero como los actos de participación anterior se subdividen en dos clases—más y menos graves—los resultados penales son muy semejantes á los de los demás códigos germánicos.

El Código de Brunswick (1) distingue la participación, previa inteligencia, de aquella que tiene lugar sin previo acuerdo. También el Código ruso (2) y el Código de Suecia (3) distinguen el *concurso precedido de concierto* y el que se ha producido *ex improviso*. Con respecto al primero (que constituye la forma más grave de complicidad), se muestran, con razón, mucho más severos que con respecto al segundo. Sin embargo, aun con relación á este último, no se desconoce nunca la gradación entre los varios participantes.

Se atienen también á la teoría de la distinción: el Código de Polonia de 1818, el Código austriaco, el húngaro, el de los Países Bajos, el de Bélgica de 1867, el español, el portugués de 1861, el de Grecia y todos los códigos suizos (4).

---

(1) Artículos 41 á 54.

(2) Código de 1845, §§ 13 á 16 y 123 á 134.

(3) Código de 1864, cap. III.

(4) A saber: los códigos de Zurich, del cantón de Tessino, de Ginebra, de Valois, de Vaud, de los Grisones, de Friburgo, de Basilea y de San Gall. En todos estos códigos suizos, lo mismo que en los códigos belga, español y portugués, el mandante se equi-

Resumiendo esta excursión histórica á través de las varias legislaciones (excursión que no pretende dar otro resultado que el de una exposición sumaria de los criterios que han inspirado las particulares disposiciones de los códigos), podemos decir que, después del período romano, la doctrina de la complicidad, con la única excepción del Código frances, se ha ido afirmando cada vez más en el sentido de considerar que no todos los participantes en un delito deben ser castigados con la misma pena, y que la responsabilidad de los varios participantes debe proporcionarse á la diferente parte tomada por cada uno de ellos en la perpetración del delito (1).

Tales son los principios que hoy están en vigor y que á muchos les parecen intangibles.

IV

¿Qué enseñanza práctica podemos sacar de la evolución histórica de la institución de la complicidad?

Dos son las teorías que hemos visto predominar: una que equiparaba en la pena á todos los partícipes en el delito, y otra que distinguía entre las varias especies de partícipes.

La primera se apoyaba sobre el hecho de ser la in-

---

para siempre al mandatario. Sólo el Código holandés sigue las huellas del Código penal francés, igualando en la pena á todos los partícipes.

(1) Véase á este propósito Pessina, ob. y vol. cit., pág. 268.

tención la misma en todos los cómplices; la segunda, sobre el hecho de que la parte de concurso prestada por los cómplices al delito no era igual para todos.

Ambas teorías contienen un fondo de verdad, pero no toda la verdad.

El fondo de verdad contenido en la primera teoría (ya lo hemos indicado, pero bueno es repetirlo) consiste en afirmar que la solidaridad que une á los cómplices en el delito debe también unirlos, bajo cierto aspecto, ante la ley, ó sea en la pena; y el fondo de verdad contenido en la segunda teoría consiste en afirmar que la reacción social infligida á los varios agentes de un determinado delito debe ser proporcionada á la particular maldad (nosotros diríamos temibilidad) demostrada por cada uno de los agentes.

Uniendo estos dos criterios, tendremos, en mi opinión, la verdad completa. Hasta ahora, ambos criterios han estado separados y casi en oposición, constituyendo el *substratum* de dos diferentes teorías.

Lo cual era una necesidad histórica fatal.

El desenvolvimiento de todo principio sigue siempre esta ley: primero se entrevé una parte de la verdad, y colocándose en este punto de vista unilateral, se llega á la exageración; luego, por reacción, se llega al extremo opuesto, que es otra parte de la verdad, y olvidando lo que podía conservarse de la primitiva dirección, se exagera también en el desarrollo del segundo; hasta que, cuando los tiempos han llegado á la madurez, esto es, cuando la evolución respectiva de ambas corrientes extremas está terminada, se comprende que la verdad está en el equilibrio de las mismas, en su conciliación.

La doctrina romana, fija en la idea de que la solidaridad en el delito debiera producir la solidaridad en la

pena, había exagerado la aplicación práctica de este concepto, identificando á todos los partícipes en la reacción social contra el delito cometido por los mismos; la doctrina contraria, fija en la idea de que todo delincuente debía ser responsable tan sólo de lo que había hecho ó demostrado que quiso hacer, había exagerado la aplicación práctica de tal concepto, castigando á todo partícipe en un delito como si cada uno de ellos hubiera sido sólo en la operación criminosa.

La experiencia nos enseña que ha llegado ahora el momento de reemplazar estas dos teorías con una tercera que tome de la una y de la otra lo que tengan de verdad.

En el campo intelectual existe, como en el terreno físico, una ley de gravedad; y de la propia manera que un péndulo, después de haber oscilado de derecha á izquierda, debe pararse en el punto equidistante de los dos extremos adonde llegó en su oscilación, así también dos teorías científicas que se hayan producido relativamente á una institución, después de haber llegado á los extremos opuestos, tienen que detenerse y reunirse en el punto que representa la resultante necesaria y fatal de entrambas.

Es la «ley del ritmo», tan magníficamente ilustrada por Ardigò (1) y por Spencer (2), y que cumpliéndose

---

(1) Ardigò: *Opere filosofiche.*

(2) Spencer: *Primeros principios*, parte II, cap. X, Ritmo del movimiento, y *La Justicia*. Me parece conveniente reproducir los tres pasajes de este último libro en que Spencer habla de la ley del ritmo. En algún sitio escribe lo siguiente: «Todos los movimientos son rítmicos, incluso los movimientos sociales y los de las doctrinas que les acompañan. Después de la concepción de la justicia, en la que predomina con exceso la idea de la desigualdad, ha nacido una concepción en la que la idea de la igualdad predomina á su vez con exceso.» En otra parte: «He venido

en todas las partes del saber humano, no puede por menos de imperar también en las parciales evoluciones de la ciencia jurídica.

«Ley del ritmo, dice Enrique Ferri, que es ley de acción y reacción, y por virtud de la cual, tanto en la naturaleza como en el pensamiento, tanto en la vida individual como en la social, á toda fuerza que se determina en cierto sentido, se contrapone siempre otra en sentido contrario, hasta que entre el uno y el otro extremo se establece un punto final medio, que á su vez se convierte en punto de partida para nuevos ritmos de acción y de reacción, con el mismo proceso en todos los momentos. El paralelógramo de las fuerzas en mecánica, como la oscilación isócrona del péndulo que en la catedral de Pisa partía del cerebro de Galileo por todo el mundo, rayo luminoso de verdad científica, representan esta ley natural que domina de un modo soberano en el mundo moral y social (1).»

No debe, pues, haber equiparación absoluta de la pena para todos los cómplices, ni tampoco una punición diversa para cada individuo, considerándolo como agente único y aislado; sino una punición especial,

---

á demostrar que nosotros llegamos á la verdad por medio de la coordinación de errores antagónicos.» Y en otra: «Por una ilustración curiosa de la ley que declara que todo movimiento es rítmico, la fe absoluta del pasado en los razonamientos *a priori* ha dejado el puesto á una incredulidad también absoluta: no se acepta sino lo que se ha establecido *a posteriori*. Para quien haya observado la marcha ordinaria del progreso humano, es casi seguro que esta violenta reacción será seguida de una segunda reacción, y puede inferirse que, á pesar del abuso que de cada uno de ellos se ha hecho, estos dos métodos antitéticos de razonamiento se prestan mutuos servicios.»

(1) Enrique Ferri: *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara*, lección inaugural en la Universidad de Pisa, 13 de Enero, 1890.— *Archivio giuridico*, vol. XLIV, fasc. 6.

adecuada á la índole de cada particular delito, y además una punición general y común á todos los partícipes, por el hecho de haber obrado juntos.

Esta es la conclusión, la enseñanza práctica que se puede sacar del estudio de la evolución histórica del instituto de la complicidad. La conclusión creemos que es lógica y la enseñanza justa, porque, como dice Spencer, «de la fusión de ideas antagónicas, cada una de las cuales contiene una parte de verdad, nace siempre un desenvolvimiento posterior» (1).

(1) Spencer: *Premiers principes*, cap. I, pág. 17.

CAPITULO II

Las teorías jurídicas sobre la complicidad.

I

Vista la evolución histórica que la institución de la complicidad ha seguido en las legislaciones, es preciso que examinemos ahora la evolución de la misma en las doctrinas jurídicas.

Se dice, y es en general exacto, que las leyes no son más que las fórmulas prácticas en que se concreta la ciencia del derecho: según esto, los códigos no serán otra cosa que los esqueletos de un cuerpo de teorías excogitadas por los pensadores, y entre tales códigos y estas teorías vendrá á existir un vínculo de causalidad: el artículo de la ley será el *efecto* de una determinada doctrina jurídica.

Pero á menudo ocurre que la doctrina, en lugar de ser la *causa* de una disposición práctica de los códigos, no es más que la *explicación* ó la *justificación* de esta última. Así como toda filosofía no es, según la frase de Hegel *(Introducción á la filosofía del derecho)*, sino el tiempo en que la misma vive reducido á ideas, así también podría decirse que toda teoría jurídica no

es más que la disposición práctica de la ley del tiempo en que vive, reducida, bien ó mal, á ideas.

En efecto, si nos remontamos hasta los orígenes de la función represiva en la sociedad, tenemos que admitir necesariamente que, en tal época, la teoría no *causaba*, sino tan sólo justificaba aquel cierto medio de defensa que luego se llamó ley.

Así como el hombre que se ve acometido rechaza, por movimiento reflejo, el ataque y luego se da razón á sí mismo de su movimiento, así también el organismo social provee ante todo á su defensa contra las minorías que amenazan las condiciones de su existencia, y luego busca las razones que legitiman estas medidas.

«Nosotros comenzamos por obrar, decía Cabanis (1), y después sometemos á reglas los motivos de nuestra acción.» Y Moleschott escribía de un modo análogo: «La conciencia viene después de la acción» (2). Lo cual es verdad, tanto en el campo social como en el individual.

En el progreso evolutivo del derecho no siempre se mantiene esta *prioridad cronológica* de la disposición legislativa sobre la teoría científica, antes bien, puede decirse que acontece lo contrario, por las complicaciones continuamente crecientes de la ley de causalidad, según la cual no existe en la naturaleza un fenómeno que sea solamente *causa* ó solamente *efecto,* sino que todo fenómeno es á la vez *efecto* y *causa.* Acontece, por tanto, que aquella teoría jurídica, que

---

(1) Cabanis: *Œuvres complètes,* París, 1824, Firmin Didot, vol. III, pág. 41.

(2) J. Moleschott: *La Circolazione della vita,* trad. ital. de César Lombroso, Milán, 1869, pág. 28. Véase á este propósito Spencer: *Principes de psychologie,* y Bagehot: *Lois scientifiques du developpement des nations.*

se ha desarrollado á propósito de un *medio* empleado por la sociedad para su legitima defensa, puede, á su vez, modificándose, dar origen á otro *medio* social de defensa, esto es, á otra ley.

Sin embargo, siempre resulta que, no sólo primordialmente, sino á veces también en el sucesivo desenvolvimiento del derecho, la teoría científica de una determinada institución jurídica no es la *causa* de esta última, sino su *justificación*.

Me ha parecido conveniente advertir esto, antes de penetrar en el examen de las doctrinas relativas á la complicidad, para que se entienda bien la diferencia que existe entre la evolución histórica de una institución en la legislación y la evolución histórica de la misma en la ciencia.

La primera es un *proceso natural* que refleja realmente las necesidades y las condiciones de una determinada época; la segunda puede ser también un *proceso ficticio* creado por la imaginación más ó menos iluminada de los filósofos y de los pensadores.

Un solo ejemplo bastará á poner en claro esta idea. Si consideramos el derecho, entendido como fuerza especifica del organismo social (1), en su desenvolvimiento á través de las legislaciones, veremos que, aun modificándose continuamente, ha mantenido inalterable su carácter de función de defensa social (2); y si

(1) Ardigò: *La Morale dei positivisti*, pág. 550.

(2) No será inútil advertir aquí, para evitar equívocos, que por *defensa social* entendemos, como ha escrito Ferri, *la defensa del orden jurídico existente en un momento histórico determinado*. Explicada de esta manera aquella fórmula, nos parece inatacable, á pesar de las críticas que contra ella han dirigido algunos, y especialmente en Italia Vaccaro *(Genesi e funzione delle leggi penali)*. Véase á este propósito mi artículo en el *Archivio di psichiatria*, x, 1889.

lo consideramos en su desarrollo á través de las numerosísimas doctrinas científicas, vemos que su carácter ha sido desconocido y desfigurado de mil maneras en las lucubraciones de los científicos.

En la práctica, vemos que el derecho se desarrolla como otro cualquiera fenómeno natural; por el contrario, en la teoría vemos este mismo fenómeno interpretado arbitrariamente (1).

Y lo que ocurre con el derecho en general ocurre también con todas las instituciones jurídicas en particular.

(1) Otro ejemplo que demuestra la diferencia grandísima que existe entre la evolución histórica de un fenómeno y la evolución científica de las teorías construidas sobre el mismo, lo tenemos en la pena. También á la pena (como al Derecho en general y como á muchísimas otras instituciones jurídicas) se le han atribuido fines y funciones que no le convienen absolutamente. A este propósito, me permito reproducir, del *Archivio giuridico* (vol. XLIV) las siguientes líneas de un breve escrito mío acerca del libro de Manuel Carnevale, *Crítica penal:* «La pena—escribe Carnevale—tiene dos caracteres específicos irreducibles á mayor especificación: que la persona que reacciona sea el Estado y *que se quiera deliberadamente producir un dolor.*» Ahora, yo niego que la pena tenga este carácter: lo niego, no tan sólo desde el punto de vista de la escuela positiva—la cual, como es sabido, no quiere emplear contra los delincuentes un medio *individualmente doloroso,* y sólo le pone á este medio la condición de que *no sea deseable,* para que no sean subvertidos directa ó indirectamente los motivos de la conducta (Garofalo);—sino que lo niego también como carácter primordial y actual de la pena. Y he aquí por qué: en mi opinión, se comenzaron á imponer penas por ciertas acciones, cuando éstas se reputaron dañosas para la conservación de una determinada sociedad, es decir, que se instituyó la pena con el fin de que aquellas acciones dañosas no se repitieran, ó se repitieran con menos frecuencia. Este era el único efecto que se buscaba con la pena, éste el motivo único porque fué creada. Naturalmente, el culpable sufría por la aplicación de la pena, pero el padecimiento del reo no era el *fin* de la pena, sino el *medio necesario* para que la pena pudiera tener eficacia para impedir que en lo sucesivo el mismo culpable ú otros cometie-

Las teorías, fabricadas en el campo de la abstracción y de la metafísica, han desnaturalizado siempre los caracteres primitivos, y, por decirlo así, espontáneos de toda institución, creando dificultades y oscuridades allí donde la observación simple y desapasionada de los hechos habría llevado la luz.

De esto depende el que la ciencia del derecho haay llegado á ser un conjunto de doctrinas intrincadas y abstrusas, que se imponen y asustan al profano; cuando no debería ser sino una simple función de defensa que todos comprenden (1).

ran aquellas determinadas acciones. Es evidente que si la pena hubiese producido un placer en vez de un dolor, el efecto producido por la misma hubiera sido precisamente el contrario del que con ella se deseaba obtener. El hecho, pues, de causar con la pena un dolor es la consecuencia imprescindible del fin que se busca con la pena misma; por lo que el atribuir á ésta el carácter de querer *imponer un dolor al culpable* es confundir la *necesidad del medio* con el *fin propio y verdadero* de la pena. Ciertamente, son muchos los escritores, desde Rossi hasta Ellero y hasta Mamiani, que definen la pena como un dolor infligido al culpable en razón de su delito y que la justifican con el principio indemostrable que el mal merece mal; pero las teorías que se forman á propósito de una institución, especialmente cuando ésta ha conseguido un cierto grado de desarrollo y, apartándose de su origen, se ha modificado por ley fatal de evolución, no siempre corresponden á los caracteres intrínsecos, y, por decirlo así, naturales de la institución misma. También el derecho fué definido y justificado de mil maneras por la maravillosa fantasía de muchos filósofos, pero tampoco podrá decirse que ninguna de sus invenciones más ó menos felices corresponde á la verdad; y para el positivista, lo mismo que el derecho no es otra cosa que una función vital de conservación, sin principio alguno recóndito de justicia absoluta, tampoco la pena es más que un instrumento de defensa, sin ningún fin de hacer padecer al culpable, cuyo padecimiento es tan sólo el medio ó la condición *sine qua non* para la consecución del fin que con la pena se busca.»

(1) No hay nada menos conocido, decía Balzac, que lo que todo el mundo debía saber: la ley.

Por eso decía, con razón, Epicteto que lo que turba á los hombres no son ya las cosas, sino las ideas que ellos se forman de las cosas (1).

II

Hemos visto que en las leyes han predominado dos corrientes con respecto al modo como debía ser regulada la complicidad.

Una, que rechazaba toda distinción de responsabilidad entre los partícipes de un delito, y otra que quería esta distinción.

Y dos corrientes científicas se formaron, por consiguiente, para sostener cada una de estas dos opuestas direcciones.

La corriente científica, que sostenía la teoría de los romanos y del Código francés, tiene en su apoyo dos solos argumentos, uno de lógica y otro de oportunidad política.

El argumento de lógica es que el cómplice, al asociarse al delito, muestra asociarse *á todas las eventualidades del delito mismo*, y, por tanto, debe asumir la responsabilidad plena que por el delito corresponda (2). Y el argumento de la oportunidad política es que, siendo dificilísimo distinguir las varias especies

(1) Véase Worms: *Les attentats à l'honneur*, París, 1889.

(2) Véase Ortolán: *Résumé des Elem. de droit pén.*, París, 1867, pág. 168 y sig; Van Kessenich: *Ecrit inédit sur la complicité*, Ruremonde, 1846; Servin: *De la legislation criminelle*, Basle, 1782.

de participación, y siendo, por otra parte, el cómplice indispensable para el autor principal, puesto que sin aquél éste no existiría, es justo y necesario el no hacer distinción alguna entre cómplices y autores para los efectos de la aplicación de la pena (1).

Estos argumentos han sido combatidos con razones de la misma especie, ó sea de lógica y de oportunidad política.

No es verdad—se ha dicho—que el cómplice deba asumir la plena responsabilidad del delito, como el verdadero autor, porque el solo hecho de ser cómplice indica que no quiso aceptar la parte de autor principal (2).

«No es político, dijo Beccaria, el equiparar en la pena á todos los partícipes, porque cuando varios hombres se unen para una operación arriesgada, cuanto mayor sea el riesgo, tanto más procurarán que sea igual para todos; será, pues, más difícil encontrar quien quiera ser el ejecutor, porque corre un riesgo mayor que los otros cómplices (3).» De donde deducía la necesidad de imponer al autor una pena más grave (riesgo mayor) que al cómplice.

De un modo análogo á Beccaria, decía Rossi que la teoría del Código francés parecía dictada por los mal-

(1) Véase á este propósito Rossi: *Traité de droit pénal*, vol. II, pág. 188, París, 1863; Kitka: *Sopra il congregamento di molti rei in un delitto e la loro punibilità*, Venecia, 1840; Hoorebecke: *De la complicité*, y Foinitsky: *Die strafrechtliche Doctrin der Teilnahme*, en *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, XII, 1.

(2) Esta razón la da Benoît-Champy en la obra ya citada. Es evidente que tal razón no vale nada, pero no es este el lugar para criticarla.

(3) *Dei delitti e delle pene*, § 36. Observo que el considerar y el dar mucha importancia á la pena como rémora del delito es ir contra las más vulgares observaciones de la psicología criminal.

hechores (1), puesto que el castigar al cómplice lo mismo que al autor era obligar á los jueces á no declarar constante el hecho de la complicidad; era uno de los casos en que se habría llegado á la impunidad por la vía del terror (2).

Después de esto, la teoría romano-francesa habría quedado completamente vencida y abandonada para siempre por todos los penalistas, si no hubiera aparecido últimamente en Alemania una escuela que, bajo otra forma y con nuevos medios, ha tomado su defensa.

Esta escuela (que ofrece un ejemplo de lo que poco antes he dicho, esto es, de que las teorías se fabrican sobre las leyes, en vez de derivar éstas de aquéllas) está capitaneada por Von Buri, el cual, en nombre del principio de causalidad, rechaza toda distinción de responsabilidad entre los partícipes de un delito (3).

«Todo delito, dice Von Buri, es, como cualquiera otro fenómeno, el producto de un conjunto de causas ó condiciones que lo determinan fatalmente. Cada una de estas causas ó condiciones concurre á la determinación del delito, no por sí sola, sino en cuanto concurren juntamente con ella otras causas y condiciones.» De donde resulta la *necesidad* de cada una de estas condiciones, porque sin una sola de ellas el delito no tendría lugar, y, por lo mismo, su *inescindibilidad:* es decir, que resulta la *perfecta equivalencia objetiva* de todas estas condiciones, justamente por virtud de tal relación *de necesidad* entre cada una de ellas y el efecto.

(1) Ob. cit.

(2) Idem.

(3) Von Buri: *Zur Lehre von der Theilname an dem Verbrechen, und der Regüstigung*, 1860.

La consecuencia de este razonamiento es clara: todo individuo que haya puesto una condición para el delito debe ser responsable de éste, lo mismo que todo otro agente, porque esta condición es una *causa necesaria y objetivamente igual* á todas las demás condiciones puestas por los otros agentes para el delito mismo.

Esta doctrina de Von Buri, que por su fuerza lógica ha impresionado á Liszt de tal manera que le ha hecho decir que la distinción de responsabilidad entre los partícipes de un delito es una creación del derecho positivo que no responde á la verdad científica (1), esta doctrina de Von Buri, digo, aunque en sus ilaciones sea errada (ya demostraré por qué), es en abstracto exactísima.

Yo no sé si Von Buri sea un determinista; pero lo cierto es que su teoría, basada únicamente sobre la ley de causalidad, tiene el mérito de librarse de todas las lucubraciones metafísicas y aprioristas con que la mayoría juzga de los delitos, y junto con los delitos de todas las demás acciones del hombre. Decir que un delito es el producto necesario y fatal de un conjunto de causas, y decir que quitando una sola de estas causas, ó modificándola, no se produciría aquel deli-

(1) Liszt: *Das deutsche Reichs Strafrecht*, § 35.

Muy recientemente ha mostrado de nuevo Liszt que acepta la teoría de Von Buri. En efecto, en el *Bulletin de l'Union internationale de droit pénal* (Berlín, 1893, vol. IV, fasc. 2.º) encuentro estas palabras de Liszt «... la generalidad de nuestros códigos va admitiendo simplificaciones en gran medida. Mencionaré la complicada teoría de la participación. Admitiendo la simple frase: el que haya puesto una condición para un resultado que se ha obtenido será responsable de este último, se evitará todo un cúmulo de controversias y se harán inútiles una gran cantidad de monografias escritas en todas las lenguas civilizadas.»

to, es un raciocinio propio de un determinista, en el sentido más preciso de esta palabra (1).

Pero he dicho que la ilación práctica de Von Buri, el cual, de la equivalencia objetiva de todas las causas, venía á concluir la igualdad de pena entre todos los partícipes, no es justa.

Ya Impallomeni la ha criticado, aunque desde un punto de vista simplemente lógico.

Dice Impallomeni: «Verdad es que toda causa del efecto es necesaria para que éste se produzca; pero de aquí no puede concluirse que la potencia activa desplegada por todas las personas asociadas en el delito sea sustancialmente igual. Si tres individuos mueven una masa, diremos, ó al menos presumiremos, que los esfuerzos hechos por cada cual son necesarios para producir el movimiento. Pero no por eso diremos que cada uno de ellos haya contribuido igualmente á tal efecto, si sabemos que la fuerza empleada por uno es mayor que la de los otros. Sustituid la acción de este hombre por la de un individuo cuya fuerza muscular sea igual ó inferior á la de cada uno de los otros dos, y el movimiento no se verificará; esta es la prueba que suministra la experiencia de que si para producir

(1) «Todo acto, escribe Bourget parafraseando una definición de Spinoza, no es más una adición. Decir que es libre, es lo mismo que decir que en la suma hay más que lo contenido en los elementos adicionados.» Y estas palabras, que en su símil matemático contienen la más convincente condenación de la ilusión del libre albedrío, pueden perfectamente aplicarse á la teoría de Von Buri. Una vez reconocida la absoluta necesidad de las causas que determinan un acto, de tal modo, que si se quita ó se modifica alguna de ellas, el acto no tiene ya lugar, hay que reconocer también, y se reconoce de un modo implícito, que tampoco se tendría el acto si se añadiese una causa nueva. Y esta causa nueva sería el libre albedrío.

un efecto son necesarias diferentes fuerzas, no á todas se debe igualmente dicho efecto (1).»

En esto estamos perfectamente de acuerdo: un fenómeno podría tener millones y millones de causas, y no se encontrarían iguales dos de ellas; puesto que la igualdad en sentido absoluto, sobre todo en el mundo moral, es un concepto abstracto que no tiene expresión real en la naturaleza. El afirmar, pues, que si varias fuerzas son necesarias para producir un efecto, éste no es debido igualmente á todas ellas, es decir una cosa verdadera, pero no nueva, antes bien muy común, y estaba por decir, sencillamente banal.

Sobre esta verdad funda Impallomeni su crítica á la doctrina de Von Buri, y escribe que «en la diferente parte con que contribuye al delito cada uno de los partícipes está la razón de por qué debe ser diferente la pena de los mismos», ó, lo que es igual, que «la pena debe proporcionarse á la diversa eficacia de la obra de los partícipes» (2).

Como se ve, es este un criterio meramente objetivo, que responde, aunque de distinta manera, al criterio meramente objetivo de Von Buri. Son dos silogismos abstractos que encajan perfectamente en la lógica formal, pero que tropiezan lo mismo uno que otro contra la realidad práctica. Von Buri habría dicho: Supuesto que sea idéntica la intención en los varios agentes de un delito, y supuesto que la participación de cada uno de ellos sea fatalmente necesaria para que el delito tenga lugar, la pena debe ser igual para todos, porque en todos es idéntica la parte subjetiva y objetiva

---

(1) Impallomeni: *Del concorso di più persone in un reato*, en la *Riv. pen.*, vol. XXVI, pág. 109.

(2) Impallomeni, loc. cit.

que han tomado en el delito. Impallomeni dice: Si en todos es idéntica la intención, y si la participación de cada uno es necesaria, no es menos cierto que esta participación es diferente en ellos, y basándonos sobre esta diferencia, proporcionamos la pena.

Y yo digo por mi parte, que entre los dos silogismos prefiero el de Impallomeni, pero que tampoco éste me satisface.

A mi juicio, á la teoria de Von Buri (que reproduce la teoría romana, y, es, por consiguiente, en parte laudable, por la misma razón por la que hemos alabado antes á ésta), sólo puede hacerse una observación capital, y es la siguiente: que descuida el motivo determinante, y con él la particular temibilidad de los partícipes, temibilidad uno de cuyos más seguros indicios es aquel motivo.

Pues no basta decir que la intención es común á todos los partícipes para creer qne por eso hayan de ser psicológicamente iguales las acciones de cada uno de ellos.

En todo delito, aparte de la *intención* (que en los delitos cometidos con el concurso de varias personas y premeditados es efectivamente idéntica en todas ellas), existe el *fin*, ó el *motivo* personal, que se refiere al efecto que se procuró obtener, queriendo un determinado hecho con una determinada intención (1).

(1) Dice Enrique Ferri (*La cosidetta volontarietà nelle contravenzioni.—La llamada voluntariedad en las faltas*, en *La Scuola positiva*, tomo I, 1891): «El elemento psicológico del delito no lo constituye tan sólo la *voluntariedad* (único elemento que considera el Código penal italiano), sino que además existe la *intención* y el *fin*. La *intención* se refiere al motivo por el cual se quiso el acto: ¿Se disparó el fusil para matar, para herir, para asustar, ó sólo por casualidad? ¿Se profirió la palabra injuriosa para perjudicar, ó para revelar la verdad? El *fin* se refiere al efecto

Y este fin puede ser y es casi siempre diferente en cada uno de los partícipes. ¿Qué me importa de la equivalencia objetiva de las fuerzas causales del delito y de la unicidad de la intención en todos los cómplices, si no considero el motivo psicológico que ha determinado aquellas fuerzas y provocado aquella intención?

Dos hombres pueden haber dado á otro hombre dos puñaladas *idénticas* con intención *idéntica* (de matarlo ó de herirlo), pero si yo no aprecio el *por qué* cada uno de ellos ha dado la puñalada, no puedo ni debo sentenciar que ambos son igualmente responsables. Puede uno haber acometido por odio, el otro por venganza, y un tercero por un sentimiento menos reprobable.

Más todavía: aun suponiendo que la intención y el fin sean iguales, ¿podemos castigar igualmente á todos los partícipes, sin estudiar el proceso psicológico por virtud del cual se ha determinado al delito cada uno: sin saber si Fulano fué sugestionado por Zutano, sin darnos cuenta, en una palabra, de la perversidad particular de cada partícipe (1)?

La teoría de Von Buri prescinde de todas estas consideraciones que á mí me parecen evidentes: no atiende más que á la objetividad del hecho, y es, por tanto, lo repito, á mi entender, incompleta.

---

que se trató de obtener *queriendo* aquel hecho con aquella *intención*. Se disparó el fusil para matar: ¿pero con el fin de vengar una ofensa, ó de usurpar una herencia, ó de robar, ó de defenderse? Se injurió para revelar la verdad: ¿pero con el fin egoísta, por ejemplo, de eliminar á un concurrente, ó de hacer mal á determinada persona, ó de hacerse la *réclame*, ó sólo con el fin del bien social, llamando la atención pública sobre los vividores que ultrajan la fama de los hombres honrados?»

(1) Véase mi libro *El delito de dos*, trad. española.

También la teoría de Impallomeni es tan sólo objetiva, puesto que deduce la diferencia en la responsabilidad de los participantes únicamente de los actos exteriores, y juzga, por tanto, que quien mata es siempre más punible que quien tan sólo ayuda al homicidio; quien roba, más que quien presta las llaves falsas, etc.

Pero ¿por ventura no puede ser más malvado aquel que fríamente alarga el puñal á un amigo para que mate á un tercero contra el cual desea desahogar un antiguo odio, que este amigo que, en un arrebato de ira, pide un arma para hacerse justicia?

Impallomeni ha visto el error de Von Buri, pero lo ha visto desde un punto de vista clásico, ó por lo menos ecléctico: no ha sabido hacer otra cosa que retrotraer la teoría de la complicidad al punto en que ya la colocaron Rossi y otros criminalistas: es decir, no ha hecho más que distinguir entre los partícipes, pero distinguir tan sólo, ó al menos sobre todo, sobre la base de criterios objetivos. Esto es mitigar el error, no corregirlo totalmente.

Al criticar la doctrina de Von Buri—que me parece ser el único supérstite de los sostenedores de la igualdad en la pena de los participantes en un delito—hemos venido necesariamente á hablar de la doctrina opuesta, es decir, de la que tiene como base la distinción entre los partícipes y la diferencia de pena conforme á esta distinción.

Ocupémonos ahora de propósito de esta otra doctrina, que es la moderna y la predominante, por no decir la única.

III

«Es una ley de la responsabilidad humana el que á cada imputado no se le castigue sino en razón de la participación que el mismo haya tomado en el delito; es una ley de justicia distributiva el que la pena se proporcione á los culpables, según la culpabilidad relativa de cada uno de ellos (1).»

En estas palabras de Chauveau y Hélie está el fundamento de la doctrina que quiere distinguir, con respecto á la pena, los varios partícipes en un delito.

En efecto, el criterio nivelador de los romanos y del Código francés no podía por menos de repugnar á los criminalistas que aparecieron después de Beccaria: no sólo porque tal criterio era realmente injusto, y podríamos decir que hasta inhumano, sino también y sobre todo porque, iniciándose entonces el movimiento que venía á reformar el bárbaro derecho penal de la Edad Media y á encauzarlo hacia su verdadera función, los estudiosos de esta ciencia tendían, por fatal necesidad histórica, hacia la indulgencia para con los malhechores, reconociendo en estos solamente al hombre, en vez de reconocer sólo al delincuente, según se había hecho hasta entonces, y olvidando que si el autor de un delito es un hombre, también es un

(1) Chauveau et Hélie: *Théorie du Code pénal*, 4.ª ed., París, 1866, vol. I, pág. 406.

delincuente (1). Se estimaba entonces como un delito el castigar á un hombre por acciones que no hubiera materialmente cometido; y por este exagerado y falso principio de la imputabilidad, se llegó á considerar al delincuente asociado como si hubiera obrado solo, sin tener para nada en cuenta á los compañeros que hubiera tenido en la perpetración del hecho.

Era, pues, como se ve fácilmente, no sólo la exageración del punto de vista personal en el examen de un hecho, que resulta, sin embargo, del conjunto de las acciones de varios individuos, sino además una estrecha y errónea aplicación de este mismo punto de vista exclusivamente personal.

Pues, bien está que se diga, como lo hace Pessina, y con él Impallomeni, «que en esta materia de la complicidad la regla debe ser que cada uno responda sólo de su propio hecho» (2); pero hay que advertir que un hecho propio de todos los participantes es el de haberse unido para cometer un delito. Y ¿no es ya este hecho, por sí solo, algo que merezca fijar la atención? Los legisladores y los juristas han querido, sí, considerarlo al tratar de la asociación de malhechores; pero luego han olvidado las razones que en aquel caso les habían aconsejado elevar á la categoría de delito la sola intención criminosa, y han puesto una piedra sobre aquella primera indicación de verdad que se les había hecho presente y que sancionaron en los códigos. Yo he hojeado con diligencia (creo poder afirmarlo) muchos tratados de derecho penal y muchas monografías que se han publicado acerca de la complicidad, y no he encontrado en ninguno de ellos esta idea

(1) Ferri: *Nuevos horizontes*, cap. III.
(2) Impallomeni: *loc. cit.*

tan sencilla: que el hecho de la reunión de varios delincuentes sea por sí mismo una acción criminosa; esta idea solamente se ha afirmado en el caso extremo y típico de la asociación de malhechores. Hay, es verdad, aquí y allá alusiones á esta idea (ya las veremos después), pero no se trata más que de expresiones solitarias que brotan á veces de la lógica natural y del buen sentido del hombre, pero que luego el jurista clásico olvida ó niega, enfrascado en sus lucubraciones.

En cambio, todos los jurisconsultos sienten la fortísima necesidad de hacer esta declaración: que cuando el delito sea uno y muchos los partícipes en el mismo, la punición no se divide entre ellos. Y yo confieso cándidamente que me he maravillado mucho de encontrar escrita semejante declaración, porque el absurdo que la misma trata de rechazar es tan evidente, que no merece, en verdad, ser puesto de relieve. Pues qué, ¿se escriben acaso los tratados de derecho penal para cretinos, hasta el punto de que haya necesidad de decir que si un homicidio, que se castiga, supongamos, con treinta años de reclusión, es cometido por tres individuos, la pena no debe ser para cada uno de diez años, sino de treinta? ¿O hemos de querer nosotros desenterrar y reproducir bajo otra forma aquella disposición del Edicto de Rotario que hemos recordado en el capítulo primero, y por virtud de la cual, si varios individuos cometían un homicidio, el precio de la composición no lo pagaba enteramente cada uno de ellos, sino que se dividía entre los varios copartícipes?

Y sin embargo, es Francisco Carrara, en sus estudios sobre la tentativa y la complicidad, quien cree necesario hacer una declaración tan abstrusa, y es Enrique Pessina quien escribe, como si fuese un axio-

ma de derecho: que la punición señalada para un delito no se divide entre los varios partícipes (1).

Pero no tengo razón para maravillarme porque los juristas clásicos hagan tal declaración; no tengo razón, porque no es para ellos, como á primera vista podría parecer, una verdad luminosa y banal. A nosotros los positivistas nos puede parecer inútil el afirmar que la pena señalada para un delito no debe dividirse entre los autores de éste, porque nosotros, entre nuestras muchas herejías, profesamos también la siguiente: que la pena, ó la reacción social, debe aplicarse al delincuente en lugar de al delito. Pero para los clásicos, la cosa es muy distinta. Tan distinta, que si es verdad, como ellos declaran, que no basta el hecho de que los autores de un delito sean más de uno para que la pena correspondiente á este delito se divida entre ellos, también lo es que por el hecho de ser los autores de un delito más de uno, la pena correspondiente á este delito se le disminuye alguna vez á uno de estos autores.

Parece (y lo es) esto un absurdo, porque nadie será capaz de ver la razón en virtud de la cual debe disminuirse la pena al autor de un delito por haber tenido como coautor del mismo á otro individuo. Y sin embargo, este absurdo lo ha sancionado la escuela clásica, y juntamente con ella el nuevo Código penal italiano, que es la última fórmula positiva de aquélla. En efecto, dice Carrara—y lo repite aquel Código en el art. 63—que el mandante debe ser castigado con la

(1) Pessina: *Elementi di dir. pen.*, vol. II, pág. 247. Lo mismo dica Zuppetta: *Corso completo di legislazione penale comparata*, página 709. Véase también á este propósito Roberti: *Corso completo di diritto penale*, vol. II, § 322 y sig., y Lauria: *Esposizione delle leggi penali per lo regno delle due Sicilie*, parte II, cap. I.

misma pena que el ejecutor del delito; pero, añade Carrara y repite el mencionado Código en el mismo artículo, la pena del mandante será disminuida si el ejecutor del delito lo ha cometido también por motivos propios (1). Tenemos, pues, este hecho, que no quiero calificar más que de extraño: que el autor de un delito, sólo porque en la perpetración de su idea criminosa ha tenido un coautor, se encuentra con que se le disminuye la pena. La intención, la maldad, en suma, el elemento subjetivo es en este autor el mismo; el elemento objetivo del delito es idéntico; y sin embargo, porque el ejecutor del delito tuvo motivos suyos propios, además de la instigación del mandante, éste debe sufrir un castigo menor.

Dejemos á un lado lo absurdo de tal disposición; dejemos á un lado así bien la ofensa que con ella se hace á la moral y aun al sentido común, y volviendo al punto de donde hemos partido, confesemos sinceramente que no hemos tenido razón al maravillarnos de

(1) Contra esta disposición no protestan únicamente los positivistas. Pedro Ellero declaraba, en el seno de la comisión para la revisión del Código penal, que no alcanzaba la razón de aquel precepto. «Fáltale, decía, el motivo moral y jurídico, pues cuando el promotor se encuentra con una naturaleza más inclinada al mal, con un terreno más abonado, no por esto se muestra menos malvado, y el legislador no debe, por tanto, castigarlo menos.» También los miembros de la comisión, Brusa y Faranda, fueron de la opinión de Ellero.—Ver *Verbali della Commissione di revissione*, pág. 196.

Pero el querer disminuir la pena al mandante, cuando el mandatario realizó el delito también por motivos propios, es un error, no sólo por el motivo claramente expresado por Ellero, sino además por otra razón psicológica. El legislador ha dictado aquella disposición fundándose, evidentemente, sobre este razonamiento, que no carece de lógica: «Si el mandatario mata también por motivos propios, es indudable que el mandante ha tenido que hacer menos esfuerzos para constreñirlo á cometer el delito: su traba-

ver que los clásicos declaren que la pena señalada á un delito no se debe dividir entre los varios partícipes del mismo, porque los propios clásicos, si no dividen la pena, sí la disminuyen cuando los autores de un delito son dos en vez de uno.

La declaración que habían sentido la necesidad de hacer, no sólo no es, por consiguiente, inútil, sino que, en un caso, ellos mismos la contradicen.

Tengámosla, sin embargo, por buena y por verdadera, y veamos qué otro principio nos presentan, después de ella, en la materia de la complicidad.

Después de haber declarado que la pena señalada para un delito no se divide entre los partícipes del mismo, y después de haber declarado que la pena debe, sin embargo, ser diferente para cada uno de éstos, según la participación que haya tenido en el delito, los criminalistas clásicos se esfuerzan por resolver este grande y dificilísimo problema: graduar la pena para los varios culpables, ó sea, clasificar *a*

---

jo de pervertimiento ha sido, por lo tanto, menor, y menor es también su responsabilidad moral.»

Ahora bien; el legislador olvida que son rarísimos los casos en que el mandante desempeñe con respecto al mandatario el papel de Mefistófeles: lo general es que se trate de dos tunantes que se encuentran y que se asocian: el uno es la cabeza y el otro el brazo. La verdadera causa por la que el mandatario mata no es tan sólo la orden, y por decirlo así, la sugestión del mandante, sino también las condiciones de su organismo, que le permiten cometer un delito. El *mandato* no es sino el *motivo proponderante y más visible* del delito, y dice Ribot que «el motivo preponderante no es más que una porción de la causa, y siempre la más débil, aunque la más visible» (*Les maladies de la volonté*, pág. 32.)

Por consiguiente, en todos los casos, el mandante, más que *pervertir* á un hombre é *instigarlo* al delito, lo que hace es dar un *fin* y un *motivo* á las tendencias delictuosas del mandatario. Véase para más detalles mi libro *El delito de dos*, trad. española.

priori los caracteres de las diferentes formas de complicidad y poner al lado de cada una de estas formas la pena proporcionada á la misma.

Problema grave y dificilísimo, que nosotros modestamente creemos, además de imposible, completamente inútil y absurdo; pero que ha constituido el punto sobre el cual se han ejercitado más activamente los ingenios de los escritores y de los teóricos que tenian la estéril é infecunda ilusión de poder pesar abstractamente con la balanza del orífice los gramos de la responsabilidad individual y de poder hacer que á la misma correspondan (abstractamente) otros tantos gramos depena.

Y la esterilidad y vanidad de semejante trabajo se demuestra, no sólo teniendo en cuenta la falacia de los criterios que los juristas han sabido excogitar á este propósito, sino teniendo sobre todo presente el grandísimo número de opiniones que se han formado tocante á las formas de complicidad más ó menos graves, y por ende, más ó menos punibles; opiniones que, precisamente por ser muchas y diferentes unas de otras, prueban implícitamente que no responden á la realidad de las cosas, sino que son el producto de fantasías no siempre felices.

La primera de estas opiniones es la que se funda únicamente sobre el criterio objetivo y establece que la complicidad se divide en participación material y participación moral en el delito.

Esta es la teoría de Carmignani (1), de Carrara (2) y de Niccolini (3).

(1) *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, tomo II, páginas 365 y siguientes.—Véase también Cremani: *De jure criminali*, lib. I, parte I, y Renazzi: *Elem. jur. crim.*, lib. I.

(2) *Studi sul conato e sulla complicità.*

(3) *Questioni di diritto*, pág. 623.

«El autor principal, escribe Carrara, es sólo aquel que ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito. Todos los demás son delincuentes accesorios (1).» «No puede haber, añade, en la ciencia otro criterio para definir el autor principal de un delito, si no se restringe la noción al autor físico del acto que consuma la violación de la ley (2).»

Yo creo no habrá nadie que al leer estas afirmaciones categóricas no sienta en su ánimo la absurdidad y, digámoslo francamente, la inmoralidad de las mismas. ¿Cómo es posible que para Carmignani, para Carrara y para Niccolini, el mandante, sólo porque no ha participado físicamente en el delito, haya de ser un delincuente accesorio?

Carrara, al reproducir la teoría de su gran maestro Carmignani, advirtió que las consecuencias de la misma habrían de ser contrarias al sentido moral, y, lo mismo que Niccolini, quiso que el mandante, sin embargo de ser un delincuente accesorio, fuese equiparado en la pena al delincuente principal.

Esto debería haber bastado para convencerle de que el criterio por él adoptado para distinguir las varias especies de complicidad era falso; debería haberle hecho seguir otro camino para clasificar *a priori* los participantes en un delito, por cuanto él mismo advertía que su teoría no era aplicable á todos los casos.

Pero Francisco Carrara no era hombre que se rin-

(1) § 186.

(2) § 187. Otro de los argumentos con que se sostenía esta extrañísima teoría era que «el delito no habría tenido lugar sin la ejecución material». Lo que es banalmente verdad; pero, dice perfectísimamente Rossi, tampoco el incendio tiene lugar sin fuego, ni el envenenamiento sin veneno, y sin embargo, ni el veneno ni el fuego son los principales culpables.

diera ante la evidencia de los hechos: su especialidad, y la razón de su grandeza, era el no ceder un palmo de su maravilloso edificio jurídico y salvar siempre la lógica, aunque fuese á expensas del buen sentido.

Bien conocía él que sólo de esta manera podía mantenerse en pie su sistema.

Por eso, una vez admitido que el mandante debía ser castigado lo mismo que el autor físico del delito, no renegó de la distinción entre participación física y moral, sino que escribió lo siguiente: «Un legislador puede encontrar justo que alguno de los cómplices se equipare al autor principal en la imputación y en la pena; pero la ciencia debe ante todo definir los entes sobre los cuales van á recaer sus estudios, y cuando en estos objetos de sus investigaciones encuentra condiciones naturalmente disconformes, es necesario que á cada uno de ellos les dé un nombre distinto. Y si después sus estudios llevan á tener que equiparar para ciertos efectos estos entes ya separados, continuará la separación de los vocablos, por ser conforme á la primitiva naturaleza de aquellos objetos; ni un nombre distinto servirá de obstáculo á la parificación (1).»

---

(1) § 188. Nótese que Pisanelli (*Dissertazione,* Nápoles, 1837), más absoluto que Carrara, quería que el mandante fuese siempre castigado con pena menor. Por el contrario, Feuerbach (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*) sostuvo que el mandante debía ser castigado siempre con pena mayor que el mandatario.

Igual opinión expresaba Víctor Porto (*Note di cronaca*, en los *Appunti al nuovo Codice penale,* segunda ed., 1889): «Yo castigaría al autor moral más todavía que al material, porque al menos éste tiene el triste valor de afrontar la cólera de aquel á quien ofende y el revólver del gendarme, y corre el riesgo de recibir, en el momento de la acción, el equivalente de su maldad.» Y el tribunal de Casación de Palermo (sentencia de 22 de Julio de 1887

Yo admiro esta cavilación silogística, porque debajo de ella veo todo un esplendoroso orden de ideas, que puede ser condenado, pero que hay que admirar: la admiro, pero me sonrío de compasión ante esta ciencia moribunda, que para prolongar su vida algunos instantes, se contenta con semejantes satisfacciones platónicas. Carrara pide que el *nombre* continúe siendo distinto y que el mandante sea delincuente accesorio y el

---

en causa de Greco Carmelo—véase el *Circolo giuridico* de Palermo, 1887, pág. 104) observaba atinadamente:

«Considerando que un delito de sangre, cuando tenga lugar por mandato, produce una conmoción social mucho más fuerte que la que produce el asesinato con premeditación, porque en este delito, la idea de la venganza y del odio que trae el agente de la acción mala, si no excusa en mínima parte por efecto del propio odio, que la moral altamente condena y que la ley reprime, sin embargo, la acción criminosa pasa entre el delincuente y la víctima: el primero, llevado del odio, ha preparado y consumado el delito, y por fríos y sosegados que hayan sido el pensamiento y los actos para efectuar el delito y para asegurar la impunidad, sólo él se revela en presencia de la justicia punitiva, la cual puede muy fácilmente encontrar al culpable. Pero no sucede lo mismo en el mandato, delito de prueba dificilísima en los juicios penales, precisamente porque el que obra, tanto quiere la venganza contra la víctima cuanto busca la impunidad; y, por tanto, la maldad es mayor, porque si el muerto ha podido hablar antes de morir, como no ha visto á su capital enemigo, no puede encarrilar á la humana justicia; por lo que el matador mandante que realiza su venganza por medio de un sicario tiene más tiempo para librarse del delito, y, en la peor hipótesis, para probar la propia inocencia. De los dos delitos referidos, en la muerte por mandato se encuentra, pues, el dolo en su grado máximo, precisamente porque el mandante, además de tener el pensamiento criminoso de la muerte, ha debido pensar y calcular fríamente con la persona del mandatario; por tanto, el mandato encierra *in re ipsa* la premeditación, y ésta no encierra aquél. En efecto, el mandato está castigado con la misma pena que el asesinato, y si *hubiese sido posible una pena mayor, el legislador la habría señalado para el mandante:* tanto es el horror que produce el homicidio por mandato.»

mandatario delincuente principal; el hecho le importa poco, puesto que deja que mandante y mandatario sean castigados igualmente. ¡Cómo está retratada en este modesto deseo toda la ciencia clásica! ¡No quiere más que la intangibilidad de sus doctrinas, y llama ciencia á un conjunto de ideas y de teorías que ella misma admite que no se deben aplicar! Ahora pregunto yo: ¿qué es entonces la ciencia?

Excepto Carrara, los criminalistas clásicos de su época y los posteriores renegaron de la división de la complicidad en principal y secundaria, división basada sobre la participación física ó moral en el delito, porque sentían que el criterio exclusivamente objetivo no bastaba para dar el grado de gravedad de un delito, y reconocían que el estudio subjetivo del delincuente no debía ser siempre dejado en segundo término. De esta manera, la pureza de líneas del edificio de la escuela clásica venía á mancharse, dejando el sitio á aquel no confesado y latente eclecticismo que era el síntoma lejano de una nueva dirección que iba á aparecer en la ciencia del derecho penal.

Sólo un criminalista, y no de gran valor, Bertauld, aun confesando que el agente moral de un delito tiene á veces una potencia criminosa y una perversidad igual y aun mayor que el agente físico, negó á la ley el derecho de castigarlo como autor principal, porque —decía Bertauld—la ley no puede sancionar con una disposición la idea de que el delito esté todo en la *voluntad de delinquir*, y no puede, por consiguiente, castigar como al agente físico, que realmente consumó el delito, á aquel que tan sólo lo quiso y lo ordenó, pero no lo ejecutó. Esto sería, según Bertauld, tanto como castigar la criminalidad subjetiva, y ley no llega hasta ésta. «El autor de una resolución criminal que hace

que participe de ella su instrumento, mientras no se asocie á la ejecución, no puede ser castigado jurídicamente á título de *autor principal*, sino cuando la sociedad quiera en principio castigar la voluntad que se ha detenido, teniendo medios para hacer constar su existencia. Ahora, este no es el principio de nuestro derecho penal. Es preciso distinguir entre la *justicia moral* y la *justicia social* (1).»

Como se ve, Bertauld es todavía más absoluto que Carrara. Este se contentaba con que el *nombre* del mandante y del mandatario fuesen diferentes, mientras que Bertauld sostiene que también la *pena* debe ser distinta. ¿En virtud de qué principio? Verdaderamente, es difícil adivinarlo. No es porque el autor moral sea menos perverso, pues ya hemos visto que el autor reconoce que esta perversidad puede ser igual y aun mayor que la del agente físico; tampoco

(1) Bertauld: *Cours de Code pénal*, París, Caen, 1859, pág. 409. En la materia del mandato se ha discutido sobre si es ó no punible cuando, no obstante haber sido aceptado, no ha tenido lugar ningún principio de ejecución, ó bien cuando el mandatario desistió voluntariamente. Y se ha censurado vivamente al Código sardo por haber dispuesto (art. 39) que aunque el mandatario no hubiese realizado ningún acto de ejecución, todavía el mandante debe ser castigado como reo de tentativa. La crítica se fundaba sobre la carencia del elemento de hecho: «No hay razonamiento alguno, escribía Rossi (ob. cit, lib. II, cap. XXXVI), que pueda hacer que lo que ni siquiera ha comenzado exista, y sería tan inicuo como ridículo declarar á un hombre culpable de un delito que no ha tenido existencia.»

El nuevo Código italiano nada dice del mandato no realizado. A Garofalo le parece que á esta hipótesis son aplicables las reglas de la tentativa con medios no idóneos. «El *medio no idóneo es el mandatario*, dice Garofalo, el cual mandatario habría debido ser agente, pero no ha obrado: el principio de ejecución consiste en haberse dado el encargo aceptado.» Véase Garofalo: *Criminología*, segunda ed. ital., pág. 362.

porque la participación tomada en el delito por el agente moral sea menor que la que haya tomado el agente físico, pues el mismo Bertauld confiesa que la *resolución* es la mitad del delito. Entonces, ¿por qué?

Porque la ley no debe castigar la criminalidad subjetiva, supuesto que este es el fin de la moral, no el del derecho.

A decir verdad, yo no puedo formarme un concepto del derecho, sino pensando que el mismo es una parte, la parte más firme y más profundamente arraigada, de la moral, aquella parte que la gran mayoría siente y aprueba. La diferencia entre inmoralidad y delito no puede ser, á mi juicio, otra que la siguiente: que el delito es una ofensa tan fuerte á un sentimiento (de piedad ó de probidad, para decirlo con Garofalo), que todos ó casi todos la advierten y comprenden el daño de la misma; y la inmoralidad es una ofensa á uno de aquellos sentimientos, la cual sólo es advertida por una minoría de seres psicológicamente superiores y elevados.

Delito es el *robo,* por ser ofensa á la media del sentimiento de probidad que todos ó casi todos poseen; inmoralidad tan sólo es la *indelicadeza,* porque ofende el grado más exquisito del sentimiento de probidad, grado que pocos poseen. Delitos son el *homicidio* y las *lesiones,* por ser ofensas á la media del sentimiento de piedad que todos poseen; inmoralidad tan sólo son las *maneras brutales* ó la *percusión levísima,* por ser ofensas al grado más exquisito del sentimiento de piedad, grado que sólo una minoría posee (1).

(1) Este concepto, que ya no es nuevo, de las relaciones entre la moral y el derecho lo confirma la evolución histórica del derecho penal. Estamos viendo que los códigos cambian continuamente el número y la cualidad de las acciones consideradas como deli-

Ahora, no obstante que Rodolfo Ihering *(Der Zweck im Recht)* diga, con una frase expresiva, que el problema de las relaciones entre la moral y el derecho es el cabo de Hornos de la ciencia jurídica, la verdad es que no hay dificultades para pasar este cabo, cuando, como en el caso del mandante, la acción que, por decirlo así, se querría dejar que la castigase sólo la moral y no el derecho, es una de aquellas profundas y fortísimas inmoralidades que el derecho mismo puede y debe llegar á castigar.

Además, es un error el decir, como lo hace Bertauld, que castigando al mandante igual que al mandatario *se castiga la sola intención criminosa.* Pues si vemos que un individuo ha querido la muerte de otro, y á pesar de haber afirmado ésta su voluntad, se ha detenido en un acto cualquiera de la ejecución; y vemos que otro individuo mata materialmente á aquel que ya el primero había perdido de vista, tendremos en el matador al *auctor criminis,* pero en aquel que tuvo el propósito y lo manifestó, sin realizar acto alguno para

tos, dejando abandonadas á la simple sanción de la moral algunas acciones que durante cierto tiempo han sido castigadas severamente por la ley como delitos (la blasfemia, por ejemplo), y castigando en cambio como delitos ciertas acciones que hasta entonces no se consideraban como tales. Lo cual depende del hecho de que, por un lado, van siendo cada vez menores los prejuicios religiosos y más fuerte el concepto de libertad, y por otro, de que se va haciendo cada vez más exquisito el sentimiento de piedad y el de probidad, efectos ambos de la civilización. Lo que demuestra que la moral no es otra cosa que el *substratum* del derecho, el cual no hace más que garantir por medio de la pena con que amenaza á los trasgresores, los preceptos más importantes y más firmes (en un determinado momento histórico) de la moral misma. Véase Letourneau: *Evolution de la moral*; Tarde: *La criminalidad comparada,* trad. española, y *Las transformaciones del derecho,* trad. española.

actuarlo, no encontramos vínculo alguno con el matador. En tal caso, el querer castigar á este individuo sería querer penetrar verdaderamente en el campo de la moral y violar el principio, todavía sagrado: *cogitationis poenam nemo patitur* (1). Pero en el caso del mandante tenemos, además del propósito criminoso, los actos que el mandante mismo realizó para inducir y constreñir á otro á ejecutar el delito. Y no se comprende, en verdad, por qué, dados estos *actos materiales* y la *intención*, haya de ser menos castigado que el mandatario, y es realmente extraño que se sostenga tal opinión en nombre y en interés de la moral.

Por lo demás, esta es una opinión abandonada, como hemos visto, por todos los autores, y no vale, ciertamente, la pena el detenerse á discutirla.

IV

Vencida, pues, en la batalla científica la teoría que quería distinguir la participación en el delito en participación material y participación moral, dando siempre á esta última el valor y el significado de participación accesoria, ó complicidad *stricto sensu*, quedaba como única posible la teoría moderna, la cual, sin distinguir *a priori* y abstractamente entre complicidad moral y material, afirma que tanto una como otra forma de concurso al delito puede ser *principal* ó *se-*

(1) Pessina, ob. cit., II, pág. 265.

cundaria y exigir, por consiguiente, según los casos, una reacción mayor ó menor.

El nuevo criterio, considerado desde un punto de vista general, no podía ser más justo ni más lógico.

Toda persona de buen sentido sabe que cuando en un delito, lo mismo que en toda otra acción humana, concurren varias personas, algunas de ellas son las verdaderas autoras—materiales ó morales, esto no importa,—mientras que otras no son más que auxiliadoras de aquéllas, figuras de importancia secundaria. Y es natural que á este diferente grado de participación se haga corresponder diferente grado de pena.

Sólo que, si es fácil, y podríamos decir intuitivo, el convenir en esta idea fundamental, es, en cambio, muy difícil determinar *a priori* cuáles sean las formas de participación principal y cuáles otras las de participación secundaria: ó sea, fijar los límites entre una y otra, de suerte que la división resulte evidente, lógica y precisa.

Los escritores de derecho penal no han disimulado esta dificultad: «Un problema inmenso, dicen Chauveau y Hélie, queda todavía por resolver, y consiste en graduar las penas entre los diferentes culpables que han participado en un mismo delito, en proporción á la parte que cada uno de ellos haya tomado en éste: problema grave y difícil, que ha recibido las más diversas soluciones en las teorías de los publicistas y en las leyes.» Y en otra parte se preguntan los mismos autores: «¿Cómo clasificar de antemano en las disposiciones penales los caracteres de las diferentes complicidades? (1).»

(1) Chauveau et Hélie: *Théorie du Code pénal*, cuarta ed., París, 1861, pág. 405.

Sin embargo, quizá porque lo difícil es lo que ha intentado siempre el ingenio humano, aun cuando de ello no resultara utilidad alguna, aquellos mismos que habían advertido la intrínseca imposibilidad de dar una clasificación de las formas de la complicidad, intentaron hacer esta clasificación, amontonando hipótesis sobre hipótesis, imaginando casos más ó menos probables y dando una solución para cada uno de ellos.

Así, se han hecho acreedores á la censura que Montesquieu dirigía á los legisladores que «hacen leyes demasiado sutiles siguiendo un silogismo, en lugar de seguir á la equidad natural» (1).

Pero yo pregunto: ¿de qué aprovecharía, si no es para un platónico desahogo de fácil erudición, el resumir aquí las opiniones particulares de tal ó cual escritor? ¿A qué notar las pequeñas y silogísticas diferencias que pueden existir, respecto á nuestro asunto, entre las ideas expuestas por Chauveau y Hélie, y Ortolan, ó Pessina, ó Berner, ú otros autores de menos importancia, los cuales no han hecho otra cosa que copiar, modificándolas un poco, las teorías de los primeros, como los escolares en el examen copian el tema del vecino, con alguna variante para que el maestro no se aperciba del engaño? (2). ¿Para qué repro-

(1) Montesquieu: *Lettres persanes*, carta 79: Usbek á Rhédi.

(2) Es verdaderamente curiosa la identidad de pensamiento que, con sabia diversidad de forma, se encuentra, á propósito de la teoría de la complicidad, en los autores citados y en todos los demás de menos importancia. La doble categoría jurídica de la *correidad* y de la *complicidad (stricto sensu)* formada por Pelegrin Rossi, el cual quería designar con la locución *co-reidad* la *cooperación necesaria ó principal* y con la de *complicidad* la *cooperación accidental* ó *accesoria*, puede decirse que fué aceptada por todos, absolutamente por todos los criminalistas. Los autores franceses

ducir las palabras con que se ha definido la orden, el mandato, la instigación, la cooperación, el auxilio? ¿A qué perderse en estas distinciones, más de frases á veces que de sustancia, y desmenuzar los medios y los modos de complicidad, como si entre proporcionar la escala á un ladrón nocturno y el hacerle la guardia se hallase una diferencia verdaderamente capital, digna de ocupar la mente de los pensadores?

Llámennos, si quieren, *simplicistas* nuestros adversarios, pero nosotros *queremos simplificar* en este campo las abstrusas é inútiles clasificaciones de la ciencia clásica.

Ya «en toda condena penal hay siempre un gran elemento de arbitrio, y ningún juez puede encontrar exactamente la gradación de culpabilidad correspondiente á la gradación de la pena» (1).

Y después, ¿para qué sirven estas clasificaciones?

Para crear un mundo ficticio, que no se acomoda nunca al mundo real; para ver diferencias, á puro

---

y los italianos se sirvieron hasta de las mismas palabras de Rossi. Berner (*Trattato di diritto penale,* trad. it. de Bertola, Milán, Vallardi, 1887, pág. 154) escribe: «Los que participan en un delito son, ó *autores ó cómplices,* según que directa ó indirectamente tengan parte en la acción.» Idéntico concepto con distintas palabras. En el examen de las formas singulares de participación, las diferencias son muchas y sutiles, como he dicho, pero insignificantes en cuanto á los efectos prácticos. En prueba de lo inútil de estas sutilezas, debe notarse que los códigos no las tienen en cuenta (ni podrían tenerlas), limitándose á la distinción general y dejando, con la latitud de la pena, que el juez resuelva caso por caso. Lo cual, repito, demuestra que es vano y estéril el esfuerzo de sutilizar *a priori* y abstractamente, para después reconocer implícitamente la necesidad de abandonar este análisis demasiado detallado al que debe juzgar de cada caso especial.

(1) Holtzendorff: *El asesinato y la pena de muerte,* trad. italiana de R. Garofalo, Nápoles, 1877, pág. 172.

sutilizar, allí donde no existen, ó si existen, son insignificantes.

Tómese como ejemplo aquella forma de complicidad que Carrara llama *sociedad criminosa*. Comprende el caso en que *varios* individuos se reunen para cometer un determinado delito. Ahora bien; si no me equivoco, aquí tenemos una verdadera *asociación para delinquir*, que se diferencia de aquella á que se refiere el art. 248 del Código penal italiano, únicamente porque mira á un solo delito, mientras que esta última debe constituirse con el fin de cometer más delitos. La diferencia material existe, si se quiere; pero ¿es tal esta diferencia que pueda determinar la diferencia jurídica que castiga á una y á otra de aquellas asociaciones? La primera no es castigada sino cuando se haya cometido ó intentado cometer el delito ideado, y cada miembro de ella responde *únicamente* por la parte que haya tomado en el delito; la segunda, no sólo se castiga *antes* de que haya sido cometido ó intentado cualquier delito, sino que una vez cometido éste, los miembros de la asociación son castigados, además de por la participación que hayan tomado en el mismo, por *el solo hecho* de haberse reunido, por el solo hecho de haber celebrado el pacto ilícito (1).

(1) He aquí las palabras con que Carrara distingue las dos formas de *sociedad*: las transcribo porque son un buen ejemplo de la agudísima, pero á mi juicio inútil sutileza de los criminalistas clásicos: «La sociedad criminosa puede ser especial ó general: es especial, cuando se convienen varios para cometer un delito en interés común; es general, cuando varios facinerosos celebran un pacto entre sí, según el cual, en todos los delitos que han de cometer, deben prestarse, cuando haya lugar, mutuo auxilio y que de todo delito cometido por cada uno de ellos deben ponerse en común las utilidades. Cuando se considere la sociedad general como delito *sui generis*, constituye un delito perfecto en sí mismo, inmediatamente de que el pacto ilícito esté

¿Es esto lógico y justo? ¿No constituye una nueva prueba de la opinión que más atrás he expuesto, ó sea que los escritores, lo mismo que los legisladores, han sido sociólogos miopes, al advertir solamente en los casos extremos el peligro proveniente de una asociación de delincuentes y al abandonar este criterio cuando han sutilizado tocante á las formas de la complicidad?

Por lo demás, no es solamente por la manía de hacer mil y mil distinciones teóricas por lo que llegan á veces hasta el absurdo. Pelegrín Rossi dijo perfectamente, á propósito de la complicidad, que «la ley sería tiránica ó incompleta si descendiera hasta el detalle» (1). En efecto, las particularidades y las modalidades de los hechos concretos no pueden ser previstas por el legislador, sino que deben ser reguladas,

---

concluido. Pero cuando, además de este delito *sui generis*, la sociedad haya producido el resultado de que uno de los aliados haya realizado alguno de aquellos delitos para que se formó, entonces el delito especial de asociación reviste la forma y el carácter ulterior de hecho constitutivo de complicidad en esta infracción.» Véase los *Studi sul conato e sulla complicità*, § 279-281. Y Canonico, con palabras, por si no es bastante el pensamiento, casi idénticas, dice: «La *sociedad* por sí no puede ser más que acto de concurso meramente secundario, ó sea de complicidad. Sin embargo, la sociedad puede constituir por sí misma un delito perfecto, cuando, por el número de los asociados, por el vínculo orgánico de los mismos, por la gravedad de los delitos á que tiende, implique ya, por el solo hecho de su existencia, una ofensa considerable á la tranquilidad pública, aun cuando todavía no se haya cometido ningún delito. La sociedad criminosa toma entonces el nombre de asociación de malhechores.» Véase *Del reato e della pena*, Turín, 1872, pág. 237. De un modo análogo se expresa Puglia: *Manuale di diritto penale*, Nápoles, 1890, vol. I, página 240.

(1) Rossi: *Traité de droit pénal*, obras completas, tomo III, pág. 216.

caso por caso, por el juez. Es también por otra razón por lo que las excesivas distinciones de los juristas se revelan como insuficientes ó injustas. Esta razón es que han equivocado el camino, ó, lo que es igual, han partido (los juristas) de principios incompletos ó erróneos, por demasiado objetivos. Si las palabras no pareciesen demasiado duras ó pretensiosas, diría que toda la teoría clásica sobre la complicidad podría ser juzgada con la frase severa con que Tissot juzgaba todo el Código francés: «Todo este trabajo lógico ó de clasificación resulta inútil, porque es excesivamente arbitrario, muy poco natural (1).» En efecto, ¿dónde se tiene en cuenta, á propósito de la participación en el delito, sobre todo la intención, el motivo que impulsó á un delincuente á obrar? ¿Dónde se habla de su temibilidad?

El criterio único y absoluto es el criterio objetivo. Se atiende á los medios, á los actos exteriores, no á la voluntad que los ha guiado, no al fin que con ellos se busca. Al hombre se le juzga por aquello que materialmente hace, no por aquello que piensa y que siente al realizar determinado acto. Y así se juzga, abstractamente, que aquel que mata es siempre más malvado que el que presta el arma sabiendo el uso que va á hacerse de ella; ó que quien roba es siempre más malvado que aquel que proporciona las llaves falsas; y se determina, en consecuencia, que el cómplice ó agente secundario debe ser castigado menos que el autor ó agente principal. No se piensa que quien da las instrucciones para cometer un delito, ó suministra los medios para ejecutarlo, ó facilita de

(1) Tissot: *Le Droit pénal étudié dans ses principes*, tercera edición, París, 1888, tomo II, pág. 11.

cualquier manera su ejecución, puede ser á veces más perverso, y, por consiguiente, más temible que el autor.

«El medio represivo, escribe Porto (1), no debe depender del concurso en la forma *a* ó en la forma *b*, sino de la índole que el delincuente ha mostrado tener por medio de sus actos.»

Según la opinión de los juristas clásicos, los cuales creen que la justicia consiste en pesar la parte de concurso prestada por un delincuente para un delito, y en hacer corresponder á esta parte una cantidad igual de pena, el Código penal italiano se convertiría, según ha dicho con gran agudeza el egregio jurista antes citado, en un libro, en el cual, á cada uno de los individuos que concurren á la formación de una tela, se les consigna en la hoja del *debe* los metros de tela confeccionados, y en la del *haber* los años de reclusión relativamente á la longitud de aquélla (2).

Mas no es con este criterio excesivamente mercantil con el que debe ser juzgado un fenómeno psicológico tan complejo como el de la complicidad.

«La antigua teoría, escribe Holtzendorff (3), tiene el defecto de suponer que la justicia exige categóricamente, y, por tanto, que es necesario colocar al lado de cada determinado delito una pena igualmente determinada.»

Sin duda alguna, lo repetimos de buen grado, la distinción entre las varias especies de partipación principal y participación secundaria, tal y como hoy se halla en la ciencia y en el Código italiano, responde

(1) Víctor Porto: *Note di Cronaca*, en los *Appunti al nuovo Codice penale*, Turín, 1889, segunda edición.

(2) Porto, loc. cit.

(3) Obra citada, pág. 172.

realmente, en sus líneas generales, á la presunción de mayor ó menor temibilidad del delincuente; pero no hay que olvidar que todas las clasificaciones hechas apriorísticamente, si pueden aplicarse á buen número de casos, no podrán aplicarse á otros muchos.

Pues es inútil que la ciencia ó la ley se figuren que pueden imaginarse tantas hipótesis de participación en el delito cuantas se dan en la realidad, y que se hagan la ilusión de que á cada una de ellas pueden hacer corresponder la pena proporcionada. Ya pueden hacer todas las hipótesis que quieran, que ni una sola de ellas se adaptará bien al caso especial; lo mismo que un sastre (permítaseme lo vulgar de la comparación) puede fabricar los miles de trajes que tenga por conveniente, en la seguridad de que no encontrará un hombre á quien le siente bien ninguno de ellos.

La verdad es que, para medir el grado de punibilidad de un delincuente, no hay necesidad de atender únicamente á la participación que haya tenido en el delito, sino más bien á la índole que con sus actos ha mostrado tener el delincuente, esto es, á su temibilidad (1).

Y esta opinión, que muchos desdeñarán como una enojosa repetición de una de las ideas cardinales de la escuela positiva, puedo reforzarla con las palabras que Francisco Carrara escribía en sus estudios sobre la tentativa y la complicidad; palabras que parece que no han salido de la pluma del más grande de los criminalistas clásicos, y que Enrique Ferri podría perfectamente suscribir: «La máxima *à chacun selon ses œuvres*, escribe Carrara, no es siempre verdadera en

(1) Véase R. Garofalo: *Criminologia*, traducción española. *Teoría positiva.*

derecho penal, donde á menudo se ve uno llamado á dar cuenta de las obras ajenas. Por el contrario, en derecho penal debe ser absoluta la máxima *à chacun selon sa méchancété,* porque si la gravedad del hecho es el tipo con arreglo al cual se determina la cantidad política del delito, la moralidad del agente es el tipo con arreglo al cual se constituye primeramente la responsabilidad individual, y con arreglo á cuyas modificaciones se mide y se gradúa. Principio de eminente verdad moral y lógica al propio tiempo, que no puede menos de dominar en la ciencia y de triunfar en la práctica (1)».

Nosotros esperamos que este principio domine realmente en la ciencia y triunfe en la práctica, por cuanto no es, en sustancia, aunque bajo diferente forma, otra cosa que el voto constante de la escuela positiva, la cual quiere que se abandone el criterio objetivo é impersonal de castigar á los delincuentes, deduciendo su grado de responsabilidad tan sólo de lo que han hecho materialmente, y que se siga, por el contrario, francamente el criterio subjetivo y personal, deduciendo el grado de responsabilidad de aquellos de su potencialidad criminosa: la escuela positiva quiere, en suma, que se reconozca, según dice Ferri y repite Gautier, «que, así como no hay enfermedades, sino enfermos, cada uno de los cuales reclama un tratamiento especial, así también no hay delitos, entidades abstractas de patología social, sino individuos delincuentes, para cada uno de los cuales hay que individualizar la pena» (2).

Pero como nosotros hemos criticado audazmente las

(1) Carrara, ob. cit., § 234.
(2) Gautier: *Le Monde des prisons.*

teorías excogitadas hasta ahora tocante á la institución de la complicidad, y como hemos dicho, quizá demasiado fácilmente, que es mejor no perderse en sutiles distinciones jurídicas, podría, con apariencias de razón, objetársenos que esto es muy cómodo y que hemos tratado de destruir sin saber reedificar.

Contestaremos que en la ciencia, lo mismo que en la vida, la destrucción es el fundamento de la construcción (1), y que hay que realizar aquélla antes de intentar ésta. Si el edificio es viejo y ruinoso, mejor es destruirlo que apuntalarlo. Además, es imposible construir sobre el mismo terreno el nuevo edificio, si antes no se ha echado por tierra el antiguo.

La escuela positiva, aun siendo una derivación histórica de la escuela clásica, no puede ni quiere negar que ha entrado en la lid con bandera de rebeldía, y que parte de principios y sigue procedimientos esencialmente distintos de los empleados hasta ahora. Es, pues, evidente que, aun en el estudio parcial de una institución jurídica debe, ante todo, tratar de hacer la crítica de la doctrina vigente, y después, acometer de lleno con sus criterios y con su método la construcción de la nueva teoría.

Esto es lo que vamos á hacer en los capítulos siguientes, estudiando la estadística y la psicología de la complicidad; esto es, sentando las bases sociológicas de una institución á la que hasta ahora no se han dado otros fundamentos que los estrictamente jurídicos.

Hecho este estudio, quizá podamos también nosotros descender á los particulares y analizar detalladamente algunas formas y algunos modos de compli-

(1) Moleschott: *La Circulación de la vida*, trad. ital. ya citada, pág. 40.

cidad; pero no seremos ciertamente tan minuciosos como los clásicos, primero, porque nos parece que las distinciones sutiles no tienen utilidad, y segundo, porque una nueva teoría no puede aparecer completa hasta en sus últimos detalles.

A aquellos de nuestros adversarios que nos inculpan por no haber conseguido crear, en los quince años de vida que lleva nuestra escuela, un tratado completo, definitivo y perfecto de derecho y de procedimiento penal conforme á nuestros principios, y que dicen que estamos muertos porque todavía no hemos conseguido en la práctica la victoria que ya nos sonríe en el campo científico, contestaremos con las siguientes sabias palabras de Rodolfo Ihering: «El Derecho necesita grandes períodos para sus producciones. Raros son los casos en que se pone en movimiento con impulsos violentos y repentinos, en que, si así puede decirse, con el proceso de la formación volcánica, erupciona nuevos estratos ya preparados. En el Derecho, como en todo, debe preceder á la erupción impetuosa y subitánea un largo período preparatorio (1).»

Al primer diseño de un edificio no se debe, pues, pedir la exactitud y la precisión de todos los detalles; bien puede juzgárselo aun por las solas líneas generales.

Por esta razón, en nuestra modestísima esfera, nos contentaremos por ahora con trazar tan sólo las líneas generales de la teoría positiva de la complicidad.

(1) R. Ihering: *El Espíritu del derecho romano,* trad. ital., página 50.

CAPITULO III

La estadística de la complicidad.

I

Lo primero que tiene que hacer el que pretenda ocuparse de un argumento cualquiera, es, si no me equivoco, recoger al efecto el mayor número posible de elementos y datos de hecho. De esta suerte, ya que no otra cosa, las bases sobre que el estudioso se apoye serán exactas, y si por falta de ingenio fallan la argumentación y las deducciones, por lo menos se reconocerá que el método es bueno.

Tratando de un tema tan vasto y tan importante como el de la complicidad, me parece, pues, que la primera investigación que debe hacerse y las primeras cuestiones que se deben poner son las siguientes: ¿Cuáles son los delincuentes que con más facilidad se asocian? ¿En cuáles delitos se asocian preferentemente? ¿Qué extensión ha tomado y amenaza tomar el fenómeno de la asociación entre los criminales?

La contestación á estas preguntas constituye el supuesto necesario de todo estudio referente á la complicidad.

Pero, por desgracia, hasta ahora nadie ha pensado en dar estas bases positivas á las muchas teorías que se han producido tocante á aquella institución.

Lo mismo que se ha hecho filosofía del derecho penal, sin cuidarse de estudiar y de conocer el delincuente, ni en general el movimiento de la delincuencia en sus causas y en sus efectos, así también se ha creído poder construir doctrinas sobre la complicidad, sin darse cuenta del fenómeno de la asociación entre los delincuentes.

Esta era la consecuencia fatal de un método apriorista, que partía de principios absolutos é intangibles, que no se inspiraba nada en los hechos, sino sólo en los silogismos, y que desdeñaba la observación de la realidad, moviéndose en la atmósfera nebulosa de la lógica abstracta.

La escuela positiva ha cambiado radicalmente de sistema. No se apoya más que sobre la realidad, y rechaza cualquiera deducción que no tenga su fundamento en los hechos. Y esto, no tan sólo por razón de método, sino también por el fin á que tiende.

Los juristas clásicos no se preocupaban más que de la justicia absoluta; su deseo era buscar las fórmulas que más se acercasen á la misma; su ilusión era encontrarlas.

Este noble, pero inasequible ideal lo han reemplazado los positivistas con otro más humano y fácil, que es el de defender contra los delincuentes á la sociedad de los hombres honrados y el de oponer un dique al torrente impetuoso de la criminalidad que se desborda.

Y puesto que la primera condición para poder espe-

(1) Féré: *Degenerescence et criminalité.* París, Alcan, 1888, cap. XIII.

rar la victoria es conocer al enemigo, han concentrado todos sus esfuerzos en el estudio de los delincuentes.

*
* *

Un ilustre escritor ha dicho que «la estadística es la conciencia del cuerpo social» (1). En efecto, la estadística nos pone al descubierto las tendencias, los sentimientos, las ideas de la sociedad, y semeja, en proporciones inmensamente más vastas y más complejas, á aquellos instrumentos que el médico emplea para sorprender una emoción ó una sensación en el organismo humano. Con la sencilla y lacónica elocuencia de una cifra, revela una parte de la psiquis social, como el pletismógrafo, por medio de una curva señalada por la aguja, revela el estado de ánimo de una persona.

Por lo que toca á la criminalidad, los positivistas se han servido largamente de la estadística, sobre todo en estos últimos años; antes bien, se dice que han abusado de ella (2). Pero de este uso, ó de este abuso, han quedado inmunes los números que indicaban cuál fuese la fuerza y el desarrollo de las sociedades criminosas.

A decir verdad, no tienen toda la culpa de tal olvido los llamados *consumidores* de la estadística. Una parte de culpa corresponde también á los *productores*, los

(1) Féré: *Degenerescence et criminalité*, París, Alcan, 1888, cap. XIII.

(2) Emilio Pascale: *Uso ed abuso della statistica*, Roma, 1885.

cuales no han sabido proporcionar sino muy pocos materiales á este propósito, y estos pocos, no siempre fáciles de conocer, y á veces, de incierta y dudosa significación.

En efecto, únicamente de los delitos juzgados por los tribunales de Assises es de los que tenemos datos en cuanto se refiere al concurso de varias personas en un delito; y únicamente desde 1889 se recogen estos datos por cada especie particular de delito.

Sin embargo, la escasez y la incertidumbre del material no han sido parte á impedirnos hacer nuestras investigaciones, porque siempre vale más poco que nada, y este poco nos consiente, á nuestro juicio, inducir ciertas no inútiles consideraciones.

II

He dicho al principio de este trabajo (y lo he dicho también en otros sitios, pero aquí es necesario repetirlo) que la atención de todos los juristas, al ocuparse de los delitos cometidos por varias personas, se había polarizado en el caso extremo y gravísimo de las numerosas asociaciones de delincuentes, de aquellas que el Codigo sardo llamaba explícita y enérgicamente *asociaciones de malhechores*, y que el nuevo Código penal italiano, con denominación menos injuriosa, comprende y castiga en el art. 248. Poco les importaba á los escritores de derecho penal que hubiera otras asociaciones de delincuentes además de éstas, y, por consiguiente, se cuidaban poco ó nada de ellas. Por el contrario, yo creo (también esto lo he dicho, pero me

parece conveniente repetirlo) que precisamente las más pequeñas, menos graves y casi desconocidas formas de asociación, son las que deben ser atenta y minuciosamente estudiadas. Lo que interesa conocer es el caso común y frecuente, no la excepción; por tanto, es necesario saber, no ya cómo se forman *alguna rara vez* sociedades numerosas que tienen por objeto delinquir, sino de qué manera se asocia normalmente el delincuente. Con tanto mayor motivo, cuanto que de este estudio podremos deducir, á la vez que útiles observaciones de psicología criminal, varias consecuencias jurídicas de cierta importancia.

De todas suertes, antes de comenzar nuestro estudio, bueno será, ya que no por otra razón, á lo menos por euritmia del trabajo y para que resulte menos incompleto, presentar las cifras de los delitos de asociación de malhechores cometidos en los últimos años. Estos delitos han ido disminuyendo de un modo notable, tanto en sentido absoluto como relativo, según resulta del siguiente cuadro:

AÑOS	Delitos de asociación de malhechores.	
	Cifras absolutas.	Proporción por 100 delitos contra la tranquilidad pública.
1880	21	6,73
1881	21	6,67
1882	9	2,90
1883	6	1,52
1884	11	2,86
1885	12	2,60
1886	8	2,33
1887	10	2,11
1888	14	3,37
1889	11	2,20 (1)

(1) Con la promulgación del nuevo Código penal (1.° de Ene-

Tal diminución, propia, no tan sólo de Italia, sino de los demás países civilizados, y sobre todo de Francia, donde desde 1884 en adelante no ha habido ningún delito de asociación de malhechores (1), no tiene, á mi juicio, necesidad de ser explicada. Es cosa hoy perfectamente sabida que la delincuencia va revistiendo formas cada vez más civiles y más suaves (lo que, sin embargo, no debe hacer creer optimistamente que aquélla disminuya, sino tan sólo que se transforma) (2), y es, por lo tanto, natural que los medios bru-

ro de 1890), el delito de asociación de malhechores, hasta esta época comprendido entre los delitos contra la tranquilidad pública (Código sardo, artículos 426-430), fué incluido entre los delitos contra el orden público (artículos 248-251 del Código penal italiano). Antes de 1890, era un *crimen*, y por consiguiente, siempre era juzgado por los Tribunales de Assises (salvo la correccionalización); después de 1890, se convirtió en muchos casos en un delito (primera y segunda parte del art. 248) de competencia de los tribunales inferiores. De donde resulta la imposibilidad de la comparación exacta con el período anterior á 1890.—En 1890, los delitos de asociación de malhechores juzgados por las Assises fueron **5**, y **34** por los Tribunales; en 1891 fueron, respectivamente, **8** y **23**.

(1) Cuanto á Francia, el hecho de la total desaparición del delito de asociación de malhechores depende de que el Código de Napoleón no determina el número de individuos de que tal asociación debe componerse para constituir el crimen de que habla el art. 265, y la jurisprudencia ha estimado siempre que dicho número debe ser muy elevado. (Véase la *Introducción.*) Es, pues, natural que una asociación de delincuentes no reuna nunca, ó casi nunca, las condiciones necesarias para constituir el delito de que trata el art. 265.

En el período de 1826-1880 hubo en Francia, por término medio, tres acusaciones anuales de asociación de malhechores; en 1884 hubo una; después, como hemos dicho, ninguna. V. Joly: *Le Crime*, pág. 113.

(2) En efecto, no debe creerse que la delincuencia sea hoy menor que en los tiempos pasados (en todo caso, no sería posible demostrarlo, puesto que nos faltan los datos para la confrontación); no es más que diferente, porque, como dice Messedaglia, la civilización tiene una criminalidad propia y característica, lo

tales y violentos de cometer un delito, entre los cuales está precisamente el de ser cometido por muchos, vayan disminuyendo continuamente. Lo cual depende, no tan sólo de la repercusión de la evolución civil en el mundo criminal, sino también de la dificultad para repetir hoy aquellos ataques colectivos á la vida ó á la propiedad que un tiempo, cuando las ciudades no estaban iluminadas por la noche y los caminos públicos eran poco seguros, podían realizarse fácilmente. A lo que debe añadirse que, habiendo las numerosas asociaciones de malhechores en el día de hoy ganado en astucia lo que han perdido en brutalidad, saben existir sin que se las descubra, y, sobre todo, saben hacer obrar á sus afiliados aisladamente, de manera que, si éstos son arrestados ó condenados, la asociación queda en la sombra é incólume.

Pero sin extenderme mucho en un argumento sobre el cual he de volver en otra ocasión (1), veamos ahora cómo se manifiesta y qué extensión tiene, fuera de los casos extremos considerados por el art. 248 del Código penal italiano, el espíritu de asociación entre los delincuentes.

Un primer dato á este propósito nos lo ofrece la comparación entre el número total de los delitos y el de los imputados juzgados.

La estadística judicial penal se limita á dar, tanto por respecto á los tribunales inferiores como á los tribunales de Assises (audiencias), el número medio de los delitos y el número medio de los imputados ó procesa-

---

mismo que la barbarie, y las tendencias criminosas se transforman, como dice Maury, no se suprimen, puesto que también ella obedece á la ley general de adaptación.

(1) Vol II, parte II, de la serie: *Las Sociedades criminales.*

dos por cada 10.000 habitantes. Mientras los delitos juzgados por los tribunales inferiores son anualmente 17,72 por cada 10.000 habitantes, y los individuos complicados en los mismos 25,94 (1); los delitos juzgados por los tribunales de Assises son anualmente 1,65, y los individuos acusados 2,85 por cada 10.000 habitantes (2).

Confrontando directamente el número de delitos con el de procesados en cada una de las dos clases de tribunales, tenemos:

Tribunales penales inferiores.

AÑOS	Procesos terminados.	Procesados juzgados.	Número de procesados por cada proceso.
1879	53.465	77.612	1,45
1880	64.942	95.010	1,46
1881	61.530	88.575	1,43
1882	56.579	80.979	1,43
1883	52.085	75.816	1,45
1884	48.904	72.650	1,48
1885	47.857	70.547	1,47
1886	47.194	69.175	1,46
1887	45.429	67.044	1,47
1888	46.531	68.484	1,47
1889	47.862	71.210	1,48
1890	54.422	85.327	1,56
1891	59.887	95.121	1,58
Media 1879-1891.............			1,51

(1) Media obtenida del oncenio 1879-1889.
(2) Media obtenida del novenio 1880-1888.

Tribunales de Assises (1).

AÑOS	Causas falladas.	Procesados juzgados.	Múmero de procesados juzgados por cada causa.
1879	»	9.475	»
1880	5.861	10.581	1,80
1881	5.921	10.364	1,75
1882	4.978	8.228	1,63
1883	4.691	8.127	1,73
1884	4.413	7.553	1,71
1885	4.557	7.922	1,74
1886	4.202	7.042	1,67
1887	4.704	4.944	1,68
1888	4.357	7.441	1,70
1889	4.179	7.155	1,71
1890	2.872	4.789	1,67
1891	2.825	4.696	1,66
Media 1879-91...............			1,69 (2)

(1) En este cuadro se comprenden, además de las causas y de los procesados juzgados en primera instancia, las causas y los procesados devueltos por los Tribunales de Casación y los juzgados por oposición ó purgación de contumacia. Esta acumulación era necesaria para poder remontarnos más atrás de 1884, porque en las estadísticas de los años 1880-83 las causas y los procesados juzgados en primera instancia no se separaron de los otros.

(2) El lector habrá notado que las cifras de los años 1890-1891 presentan, tanto por lo que respecta á los tribunales inferiores como á los de Assises, una diferencia notable con relación á las de los años anteriores. Los delitos aumentan en los tribunales inferiores y disminuyen en los de Assises. Esto depende de que desde 1.° de Enero de 1890 empezó á regir el nuevo Código penal italiano.

Antes de 1890, los tribunales de Assises, además de los delitos políticos y de imprenta, conocían de todos los delitos punibles con con penas *criminales* (aflictivas), esto es, con la reclusión ó con la relegación (que en su grado mínimo descendían hasta tres años), con trabajos forzados por tiempo ó de por vida (cadena temporal ó perpetua) ó con la muerte. Ahora, dichos tribunales de Assises (aparte de ciertos delitos que son de su exclusiva com-

Tenemos, pues, que mientras por cada 100 delitos juzgados por los tribunales inferiores hay 151 procesa-

---

petencia, como los delitos contra la seguridad del Estado, los contra las libertades políticas y en materia electoral, los abusos de los ministros de los cultos y los delitos previstos en los artículos 14, 15, 16 y del 18 al 24 de la ley de imprenta de 26 de Marzo de 1848) no conocen más que de los delitos punibles con la pena del *ergastolo* ó con otra pena restrictiva de la libertad personal y no inferior en el mínimo á cinco años ó superior en el máximo á diez años.

Tales cambios en los límites de la competencia y el sistema de penas establecidas por el nuevo Código (penas generalmente más intensivas, pero de menos duración que las fijadas en los Códigos anteriores), han producido el efecto de sustraer del conocimiento de los tribunales de Assises delitos muy frecuentes, como el robo con circunstancias cualificativas (considerado como *crimen* por el Código sardo, art. 605 y siguientes, y castigado con un máximo de ocho años de reclusión por el actual Código italiano, art. 404), la extorsión (también considerada como *crimen* por el Código sardo, artículos 601-603, y castigada por el Código italiano con reclusión de dos á diez años, artículos 407 y 409), la rapiña no acompañada de ciertas circunstancias agravantes (también considerada como *crimen* por el Código sardo, art. 604, y castigada por el Código italiano con la reclusión de tres á diez años), el incendio (que el Código sardo castigaba con trabajos forzados hasta de veinte años, art. 650, y el Código italiano, art. 300, castiga con reclusión de tres á siete años para una porción de casos), la violencia carnal (considerada como *crimen* y castigada con la relegación por el Código sardo, artículos 489-490, y con reclusión de tres á diez años por el Código italiano, art. 331).

Mas no debe olvidarse que, habiendo sido abolida la institución de la *correccionalización*, ya no tiene lugar, como con la anterior legislación acontecía, que delitos de la competencia de los Assises sean enviados á los tribunales inferiores, para que éstos conozcan de ellos, por concurrir circunstancias atenuantes. Así es que hoy casi todos los homicidios son juzgados por los tribunales de Assises, mientras que antes, el conocimiento de un buen número de ellos (sobre 450 al año) se defería á los tribunales inferiores. Véase la *Statistica giudiziaria penale per l'anno* 1891, pág. 151.

No obstante lo cual, todavía no se llega, con bastante, á restablecer la igualdad, ni aun la relativa, entre la competencia anterior á 1890 y la actual.

dos, por cada 100 delitos juzgados por las Assises hay 169 procesados (1). Es decir, que los delitos de competencia de las Assises se cometen por más de una persona con bastante más frecuencia que los delitos de la competencia de los tribunales inferiores.

(1) La diferencia sería aún mayor si no se tuviera en cuenta las cifras de los años 1890 y 1891. La media de 1879-1889 da **146** procesados por cada 100 delitos juzgados por los tribunales inferiores y **171** por cada 100 procesados juzgados por los de Assises.

Análoga proporción, pero en cambio con menor diferencia, arroja la estadística francesa. He aquí las cifras del docenio de 1876-1887:

Francia.

AÑOS	TRIBUNALES DE ASSISES		TRIBUNALES CORRECCIONALES		Número de procesados por cada delito juzgado.	
	Número de delitos.	Número de procesados.	Número de delitos.	Número de procesados.	Por las Assises.	Por los tribunales
1876	3.693	4.764	169.313	199.061	1,29	1,17
1877	3.485	4.413	165.698	195.226	1,26	1,17
1878	3.368	4.222	163.729	192.433	1,25	1,17
1879	3.427	4.347	167.147	196.056	1,26	1,17
1880	3.258	4.125	170 260	199.637	1,26	1,17
1881	3.358	4.320	178.830	210.057	1,28	1,17
1882	3.644	4.814	172.236	202.307	1,32	1,17
1883	3.299	4.313	179.279	209.499	1,30	1,16
1884	3.276	4.277	184.949	217.960	1,30	1,17
1885	3.135	4.184	188.734	224.372	1,33	1,18
1886	3.252	4.397	187.720	223.129	1,35	1,18
1887	3.164	4.298	191.108	228.773	1,35	1,19
Media 1876-1887..................					1,29	1,17

Joly *(Le Crime)* ha notado que el fenómeno de la asociación tiende á disminuir en Francia, porque, mientras que de 1826 á

Ahora, como los delitos juzgados por las Assises son más graves que los de que conocen los tribunales inferiores, es evidente que *el concurso de varias personas se verifica en mayores proporciones en los delitos graves que no en los leves.*

Esta afirmación, más que una revelación de la estadística, es una verdad que se habría podido presentir *a priori,* con sólo apoyarse sobre las más simples observaciones de psicología criminal.

Si nos preguntamos: ¿cuáles son los delincuentes que más fácilmente se asocian entre sí?, creo que todo el mundo contestará sin la menor vacilación : los delincuentes por tendencia congénita y los delincuentes por hábito adquirido. En efecto, es obvio que el delincuente por pasión y el de ocasión obran siempre ó casi siempre aislados.

También el delincuente loco obra siempre aislado, y esto explica por qué el delincuente por pasión obra por sí solo. El huracán psicológico, como diría Ferri, que hace cometer á un hombre honrado un delito, no es, en efecto, otra cosa que un estado transitorio, instantáneo, de locura : en aquel momento el hombre normal se convierte en loco, y, por consiguiente, lo mismo que éste, debe obrar aisladamente. Alfredo Fabrizi decía con agudeza (1) que así como el loco tiene *intervalos lúcidos* que lo hacen semejante al hombre

---

1861 había 130 procesados por cada 100 acusaciones, después de 1861, el número fué de 125 procesados por cada 100 acusaciones. Mas de las cifras del período de 1876-1887, que acabo de exponer, resulta que el fenómeno de la complicidad, en vez de disminuir, ó se mantiene estacionario, ó aumenta.

(1) A. Fabrizi: *Contro un' innovazione!* (abolición de la fuerza irresistible), Roma, Loescher, 1888.

normal, también el hombre normal tiene *intervalos oscuros* que lo hacen semejante al loco (1).

«Si hay malhechores solitarios, escribe Joly, entre los criminales accidentales es donde hay que buscarlos. La idea de accidente excluye la idea de premeditación, y, por consecuencia, la idea de una inteligencia mutua (2). Y yo añado, para resumir en una sola frase un concepto susceptible de un gran desarrollo, que atribuir un cómplice á Otelo ó á Juan Valjean—los tipos clásicos de delincuentes pasionales y fortuitos—sería un absurdo psicológico (3).

Por el contrario, los delincuentes natos y habituales, para los cuales el delito es una tendencia instintiva ó se ha convertido en una profesión, por la misma necesidad de su organismo y de la clase en medio de la cual viven, tienen que buscar, y encuentran sin dificultad, compañeros y cómplices para sus delitos. El ambiente en que vive el delincuente nato y el habitual, es, por lo general, un ambiente de delincuentes y de gente inmoral ó degenerada; al contrario, el ambiente en que vive el delincuente fortuito, es, por lo general, un ambiente de personas honradas. Es, por lo tanto, lógico que aquéllos puedan asociar para el

(1) Ver sobre la locura y sobre su carácter aislado: Lombroso: *Uomo delinquente*, vol. II, parte primera, y Tarde: *La Philosophie pénale*, pág. 239; y sobre las raras excepciones de este fenómeno, mi libro *El delito de dos*, trad. española, cap. I.

(2) Joly: *Le crime*, pág. 129. Véase también Ferri: *Sociologia criminale*, y Lombroso: *Uomo delinquente*.

(3) Ver á este propósito mi libro *El delito de dos*, trad. española, cap. IV. Aquí no me ocupo sino de pasada del aspecto psicológico de la cuestión, del cual aspecto hablé ya en el libro citado y lo desarrollaré con más amplitud en el capítulo siguiente.

delito á alguno de sus compañeros, y, en cambio, es también lógico que éstos puedan rara vez hacerlo.

Ahora bien: no habrá nadie que no vea que el hecho de ser la asociación una característica de los delincuentes más perversos y más temibles, concuerda con el hecho (más arriba deducido de las cifras de la estadística) de ser la complicidad más frecuente en los delitos graves (Assises) que en los leves (tribunales inferiores). Más bien debe decirse que el uno es la explicación implícita del otro.

Sólo que (tengo prisa de hacerme á mí mismo las críticas que seguramente me habrá hecho ya el lector) podrían dirigirse dos objeciones á lo que vengo diciendo: en primer lugar, que las cifras sobre las cuales he apoyado mi razonamiento tienen un valor indirecto y muy débil, por ser demasiado vagas y generales; y en segundo lugar, que, aun dando por supuesto que tales cifras sean exactas, no prueban en manera alguna que sean los delitos más graves (ó sea los cometidos por delincuentes natos y habituales) los que son cometidos por más de una persona; pues si es verdad que los delitos más graves (y por tanto, los delincuentes más temibles) son los de competencia de las Assises, no lo es menos que ante éstas van muchos delitos pasionales, los cuales, según lo que hemos dicho, son cometidos casi siempre por una sola persona.

Espero, sin embargo, poder contestar estas objeciones de un modo satisfactorio.

La estadística judicial penal italiana, desde 1884 en adelante (no antes, por las razones ya expuestas), no sólo permite establecer una comparación entre el número total de delitos juzgados por las Assises (1) y el

(1) Por lo que toca á los delitos y á los procesados juzgados

de todos los procesados, sino que permite también establecer una comparación específica entre el número de cada particular especie de delitos y el número de los individuos respectivamente procesados.

Esta comparación, la cual muestra en cuáles delitos se acentúa más el fenómeno de la asociación entre los criminales, sirve para contestar, al menos en parte, á las dos objeciones que antes nos hemos hecho. Resumiremos dicha comparación en el siguiente cuadro:

---

por los tribunales inferiores, no tenemos ningún dato relativo al concurso de varias personas en un mismo delito. Se trata de una falta, á la que me parece sería útil poner remedio.

ESPECIES DE LOS DELITOS		1884 — Procesados. Cifras efectivas.	1884 — Procesados. Cada 100 delitos.	1885 — Procesados. Cifras efectivas.	1885 — Procesados. Cada 100 delitos.	1886 — Procesados. Cifras efectivas.	1886 — Procesados. Cada 100 delitos.	1887 — Procesados. Cifras efectivas.	1887 — Procesados. Cada 100 delitos.	1888 — Procesados. Cifras efectivas.	1888 — Procesados. Cada 100 delitos.	1889 — Procesados. Cifras efectivas.	1889 — Procesados. Cada 100 delitos.	Media de 1884-1889 del número de procesados por cada 100 delitos.
Contra la seguridad del Estado		8	400,0	....	......	26	866,67	....	......	....	......	....	......	633,33
Contra la religión del Estado y los demás cultos		14	280,0	4	133,33	11	157,15	4	200,00	7	175,00	3	100,00	174,24
Contra la administración pública	Rebeliones, violencias contra agentes de la fuerza pública	115	201,7	244	353,62	114	232,65	266	332,50	206	282,19	200	246,91	274,93
	Delitos de los empleados públicos	85	101,1	92	97,87	67	65,05	72	55,81	93	53,14	112	70,00	73,84
	Otros delitos	72	232,2	62	269,57	59	268,18	87	310,71	65	282,61	40	166,67	255,00
Contra la fe pública	Falsificación de monedas	235	217,59	234	196,64	216	194,59	197	177,48	178	176,24	248	190,77	192,21
	Idem de documentos públicos ó privados	280	94,92	256	58,18	245	37,98	332	49,19	3[illegible]3	50,[illegible]9	380	48,04	56,45
	Falsos testimonios, dictámenes periciales, etc	144	205,71	125	240,38	113	201,79	109	194,64	65	162,50	106	104,95	184,99
	Calumnia, denuncia ó querella falsas	13	100,0	21	131,25	27	150,00	15	136,36	20	142,86	18	138,46	133,15
Contra el comercio	Quiebra fraudulenta	61	148,78	23	115,00	36	116,13	52	173,33	58	148,72	35	125,00	137,82
	Otros delitos	28	175,0	29	263,64	15	136,36	26	118,18	34	121,43	28	121,74	156,05
Contra las buenas costumbres	Atentados contra el pudor	138	111,2	61	117,31	89	145,90	58	95 08	66	88,00	101	105,21	110,30
	Actos de lascivia contra naturaleza			91	101,25	82	98,80	88	107,32	63	92,65	72	84,71	36,94
Contra la tranquilidad pública		588	153,1	663	146,36	415	120,64	524	110,32	622	149,87	763	150,20	138,42
Contra el orden de las familias	Estupros	274	115,6	268	118,06	237	125,40	218	120,44	201	138 62	169	116.55	122,44
	Otros delitos	145	176,8	132	169,23	108	150,00	96	143,28	89	161,82	64	125,49	154,44
Contra las personas	Homicidios calificados	674	118,8	810	126,56	722	120,33	790	166,32	610	157,62	615	159,74	141,57
	Infanticidios	91	128,1	88	117,33	95	123,38	89	115,58	114	142,50	80	125,00	125,32
	Homicidios simples y lesiones seguidas de muerte	1937	133,3	1873	129,80	1682	122,68	2169	124,73	2078	127,25	1887	124,14	126,98
	Lesiones y golpes voluntarios	679	151,2	803	141,13	681	166,10	885	124,12	862	124,21	817	112,53	119,88
	Otros delitos	84	233,3	29	483,33	35	437,50	46	131,43	21	110,53	28	112,00	251,35
Contra la propiedad	Salteamientos y robos con homicidio	137	240,3	135	182,43	125	215,52	100	212,77	117	243,75	155	271.93	227,79
	Idem íd. sin homicidio, extorsiones	793	155,8	817	194,52	522	137,73	673	192,84	688	178,24	565	169,67	171,46
	Robos	1459	120,1	1465	117,68	1407	108.65	1349	111,30	1346	115,34	1319	118,94	115,34
	Hurtos simples	93	300,0	95	380,00	81	253,12	117	108,33	96	118,52	111	111,00	211,82
	Estafas, apropiaciones indebidas, otros fraudes	439	151,9	366	136,06	498	151,37	413	93,65	389	91,96	397	101,80	121,12
	Incendios, daños	172	166,9	158	131,67	248	221,43	223	229,90	127	122,12	114	115,15	164,54
Delitos previstos en otros títulos del Código penal y por leyes especiales		30	130,4	16	114,29	38	131,03	87	94,57	124	122,77	58	107,41	116,25
TOTAL		8788	138,[illegible]	8960	135,00	7994	122,89	9085	122,85	8662	123,41	8485	119,49	

Antes de analizar estas cifras (1) y sacar deducciones de las mismas, debemos advertir que en el cuadro anterior los procesados se cuentan *tantas veces* como son los delitos de especie distinta por los que fueron juzgados, no *una sola vez* por el delito más grave. Por ejemplo, la cifra 8.485 (número total de los procesados juzgados por los Assises en 1889) no es una cifra verdadera, puesto que los procesados fueron en realidad solamente 6.780 (2).

Mas esto no altera, en el sentido que pudiera parecer á primera vista (ó sea en el sentido de aumentar ficticiamente el número de los procesados) las proporciones entre el número de los detitos de una especie determinada y el número de los individuos que fueron procesados por los mismos, puesto que al mismo procesado sólo se le cuenta más de una vez cuando ha cometido delitos de diferente especie; por tanto, es posible que un mismo individuo sea contado, por ejemplo, entre los autores de un delito contra la tranquilidad pública, y al mismo tiempo entre los autores de un salteamiento ó entre los autores de un robo; pero no es posible que el mismo individuo sea contado más de una vez entre los autores de una misma especie de delitos. Para explicarnos de una manera todavía más clara: la cifra de 155 procesados por salteamientos ó

(1) En la tabla que antecede no hemos pasado del año 1889 porque, como ya hemos advertido, las cifras de los años 1890 y 1891, á causa de la promulgación del nuevo Código penal italiano, son poco exactamente comparables con las del período anterior. Además, en cuanto á los años 1890 y 1891, tenemos, por lo que hace al tema que nos ocupa, datos más precisos y detallados, que examinaremos al fin de este capítulo.

(2) Véase la pág. LXXXVIII de la *Statistica giudiz. penale* de 1889.

robos con homicidio en 1889, corresponde efectivamente á 155 individuos; lo único que puede ocurrir es que alguno de estos 155 salteadores, por haber cometido también otros delitos, sean contados entre los 1319 procesados por robos, ó entre los 817 procesados por lesiones.

La proporción, pues, entre el número de delitos de una determinada especie y el de los individuos procesados no se altera absolutamente en nada bajo este respecto.

Más bien la alteración existe, en la proporción que nosotros queremos establecer, por causas y con efectos diametralmente opuestos.

Como á cada individuo se le cuenta *una sola vez* aunque haya cometido *varios delitos* de la misma especie, resulta que algunas veces el número de los delitos es mayor que el de los procesados. Así ocurre, por ejemplo, en los delitos de los empleados públicos, en las falsificaciones de documentos públicos y privados y en los actos de lascivia contra naturaleza: en éstos, por cada cien delitos tenemos, respectivamente, 73,84, 56,45 y 96,94 procesados.

Ahora, bien de comprender es cómo esto pueda producir á menudo resultados de conjunto que no reflejan, ó la reflejan mal, la realidad de las cosas. Supóngase, en efecto, que haya un individuo acusado de tres robos y tres individuos coautores ó cómplices de otro robo: la media dará cuatro robos y cuatro procesados, ó sea cien procesados por cien delitos; con lo que el hecho de la complicidad de aquellos tres individuos desaparece en la cifra total.

Por consiguiente, si hay inexactitudes y ambigüedades en el cuadro estadístico que queda reproducido (y las hay, sin duda), estas inexactitudes y ambigüe-

dades tienden á *ocultar* más que á *exagerar* el fenómeno de la complicidad.

Dicho esto, examinemos los datos recogidos.

Colocando en orden de mayor á menor los varios delitos, según que en cada uno de ellos va decreciendo el número medio de los procesados, tendremos:

DELITOS	Número de procesados por cada delito. — Media 1884-1889.
Contra la seguridad del Estado......	6,33
Rebeliones contra los agentes de la fuerza pública..................	2,74
Salteamientos y robos con homicidio.	2,27
Hurtos simples.....................	2,11
Falsificación de moneda............	1,92
Falsos testimonios y dictámenes periciales..........................	1,84
Contra la religión del Estado y otros cultos...........................	1,74
Salteamientos y robos sin homicidio, extorsiones......................	1,71
Incendios..........................	1,64
Contra el comercio (excepto la quiebra fraudulenta)................	1,56
Contra el orden de las familias (excepto los estupros)..............	1,54
Homicidios calificados..............	1,41
Contra la tranquilidad pública.	1,38
Quiebra fraudulenta................	1,37
Calumnia, denuncia ó querella falsas.	1,33
Homicidios simples y lesiones seguidas de muerte....................	1,26
Infanticidios.	1,25
Estupros..........................	1,22
Estafas, apropiación indebida, otros fraudes..........................	1,21
Lesiones y golpes voluntarios.......	1,19
Robos............................	1,15
Atentados contra el pudor..........	1,10
Actos de lascivia contra naturaleza..	0,96
Delitos de empleados públicos.......	0,73
Falsificaciones de documentos públicos y privados..................	0,56

Lo primero que llama la atención, al pasar la vista por la tabla anterior, es que el fenómeno de la asociación es frecuente é intenso en los delitos políticos. Para cada delito contra la seguridad del Estado hay 6,33 acusados, proporción que no alcanza, ni siquiera se apróxima á ella, ningun otro delito. Pero, si bien se reflexiona, esto no es cosa que deba maravillar.

El delito político, de no ser la obra individual de un loco ó de un mártir solitario, es por excelencia el delito que requiere para su comisión el concurso de más personas. Su misma naturaleza exige el que se manifieste bajo forma colectiva, puesto que la idea de cometerlo no puede surgir en un individuo (salvo las excepciones mencionadas) sino después de haber vivido en un ambiente que haya hecho germinar aquella idea y después de haber encontrado compañeros á quienes, no sólo no les repugne tal idea, sino que la favorezcan directa ó indirectamente, y sean, por tanto, fáciles y espontáneos cómplices materiales ó morales.

Y es tan necesaria é implícita esta complicidad, que, aun en el caso en que no llegue á reunir los requisitos exigidos por el Código para castigarla, existe, sin embargo, siempre bajo una forma de sugestión que circunda y oprime por todas partes al delincuente político, y hace que éste, aunque obre por sí solo, no sea otra cosa que el brazo que ejecuta lo que, juntamente con el autor, quieren y piensan muchos otros.

He dicho al principio de este capítulo, y he sostenido en otro sitio de un modo categórico, que la asociación es la característica de los delincuentes comunes más temibles y que les es casi desconocida á los delincuentes fortuitos y por pasión. Mas es necesario que me corrija en este sitio, confesando que se exceptúan de la regla contenida en dicha afirmación los delincuentes

políticos, los cuales, aunque son delincuentes por pasión, se asocian, y se asocian precisamente porque en ellos el delito es la consecuencia brutal de una pasión noble y generosa.

Por lo demás, yo creo que fácilmente puede explicarse esta excepción.

La diferencia entre el delincuente común por pasión y el delincuente político por pasión está toda ella, más que en la *cualidad* del motivo, en la *cantidad* de las personas á quienes el delito aprovecha, ó se cree que ha de aprovechar.

El motivo que impulsa á delinquir al delincuente común por pasión es siempre un sentimiento, aunque noble, *egoísta*. Es que quiero defenderme á mí mismo, á mi mujer, á mis hijos, mi honor, mi propiedad: es que quiero castigar y vengarme de aquel que me ha ofendido en uno de estos bienes.

Por el contrario, el motivo que impulsa á delinquir al reo político por pasión, es un sentimiento, no sólo noble, sino siempre *altruista*. Es que quiero librar á una parte de mis semejantes, juntamente conmigo mismo, de una tiranía verdadera ó supuesta: es que quiero revolverme y vengar á mis semejantes contra aquel ó aquellos que creo que les hacen sufrir (1).

(1) En mi estudio *Il delitto politico* (en el *Archivio giuridico*, vol. XLVI, fasc. 6.°, Bolonia, 1891), escribía yo á este propósito las siguientes palabras, que me permito reproducir: «En el delito político se encuentran, según Lombroso, todos los tipos de delincuentes que se observan en los delitos comunes. Pero la analogía entre las dos clases de reos políticos y de reos comunes no es, á mi modo de ver, completamente idéntica. Entre los reos políticos hay un tipo todavía más simpático de lo que puede serlo el reo por pasión en los delincuentes comunes. El hombre honrado que, en un ímpetu de ira legítima, mata, por ejemplo, á la adúltera cogida *infraganti*, realiza una acción que no mer-

Ya se comprende que si es esta (y no me parece dudoso que lo es) la diferencia psicológica entre los dos tipos de delincuentes pasionales, no sólo el segundo se hace más simpático que el primero, justamente por ser más altruista, sino que parece natural también que el primero haya de ôbrar siempre aislado, porque su motivo es de interés exclusivamente individual, y el segundo obre asociado, porque su motivo es de interés colectivo y general.

En el primer caso, se trata de la pasión *de un hombre*, y es, por consiguiente, lógico que obre *solamente un hombre;* en el segundo caso, se trata de la pasión *de un grupo de hombres*, de un partido, de una secta, y es, por tanto, lógico que obren *varios hombres*. La psiquis que piensa y quiere el delito es colectiva; colectiva debe ser por ende la ejecución del mismo.

Esta necesidad, ó, para ser más exactos, esta grande probabilidad de la asociación en el delito político (probabilidad de asociación que podría demostrarse con muchos otros argumentos) origina, cuando tiene lugar,

---

ma en nada, si se quiere, su honradez, pero que es sólo la expresión del egoísmo. Por el contrario, el reo político que mata á un tirano, sacrificándose á sí mismo, realiza una acción que es la expresión más alta del altruismo. El primero lleva á cabo la venganza de sí mismo, el segundo la de su pueblo; el uno ahoga su sentimiento natural de piedad con el sentimiento de la defensa de su propio honor, el otro amortigua su natural sentimiento de piedad para con el individuo con el sentimiento más vasto y más admirable de piedad para con la especie. Y por esto es por lo que, mientras las varias categorías de los delincuentes comunes van pasando, á través de infinitas gradaciones de tipos, desde el delincuente nato, que es el ser más antisocial y más perverso, hasta el delincuente por pasión, que se enlaza y casi se asimila al hombre honrado, las varias categorías de los delincuentes políticos, aunque parten del reo nato, no sólo llegan hasta el hombre honrado, sino que lo sobrepasan y se enlazan con los mártires.»

aquella forma criminosa que yo he llamado *el delito por pasión de la colectividad* (1).

Hasta entonces, á decir verdad, no había podido estudiar más que la manifestación numerosa, subitánea y repentina de esta forma pasional de la criminalidad colectiva; pero en breve añadiré á la monografía sobre la *Muchedumbre delincuente* otra monografía sobre la *Delincuencia sectaria*, en la cual espero poder explicar la psicología de aquella criminalidad colectiva que, aun siendo por pasión, es, sin embargo, premeditada, y que constituye, si así puede decirse, el tránsito, el *trait d'union* entre la forma de criminalidad colectiva por tendencia congénita (bandolerismo, *maffia, camorra)* y la forma extrema de criminalidad colectiva por pasión, tal y como la ofrece la muchedumbre que delinque de improviso. Aquí sólo advierto, para prevenir las críticas posibles de quien quisiera negar el carácter pasional á la delincuencia sectaria sólo porque es premeditada, ó por lo menos preordenada y preparada, que la premeditación no excluye, como pretendía la escuela clásica, el ímpetu de la pasión; antes bien, la mayor parte de las veces no es más que una autosugestión, la cual, ampliando el espacio preparatorio de un delito, no permite á su autor razonar serenamente, sino que, por el contrario, aumenta en él, á la vez que la duración, la intensidad de aquel estado de ánimo borrascoso que precede á la explosión del huracán psicológico. Y espero poder demostrar que, así como existe el delincuente por pasión aislado que premedita su delito, existen también sociedades de delin-

(1) Véase la primera edición de este trabajo en el *Archivio di psichiatria*, vol. XI, fasc. III.

cuentes políticos, los cuales, aun premeditando un delito, lo realizan, sin embargo, por pasión (1).

Pero ya es hora de cerrar este quizá demasiado largo paréntesis, y de volver al tema objeto de nuestro trabajo (2).

Después de los delitos contra la seguridad del Estado, los que más frecuentemente se realizan, con el concurso de varias personas, son, según la estadística

---

(1) Véase sobre la interpretación psicólogica de la premeditación el excelente trabajo de Alimena: *La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto e alla legislazione comparata*, Turín, Bocca, 1887, y Laurent: *Les suggestions criminelles,* en los *Archives de l'Anthrop. crim. et des sciences pénales*, 15 Noviembre, 1890. Laurent, en este artículo, hace entrar en la categoría de las *autosugestiones* la cólera y la venganza, cuando vienen satisfechas algún tiempo después de la provocación que las originó. Si se acepta tal opinión, que á mí me parece aceptabilísima, se comprende bien cómo la premeditación puede ser también en ciertos casos una autosugestión.

(2) Antes de abandonar esta digresión, me urge contestar á una pregunta que le ocurrirá al lector, si no en este sitio, de seguro á la conclusión de mi trabajo. He sostenido, y más adelante sostendré aún más explícitamente, que la complicidad debe constituir siempre una circunstancia agravante. Se podrá preguntar: ¿Vale esta conclusión también para los delincuentes políticos? Ciertamente, si con respecto á los reos políticos no existen muchos de aquellos argumentos que la legitiman con relación á los delincuentes comunes, hay otros que la justifican tanto para los unos como para los otros (por ejemplo, el argumento desarrollado en la *Introducción* y algunos de los que desarrollaré en el capítulo siguiente). Mas debe notarse que la escuela positiva propone para los reos políticos medios de represión, ó, para ser más exactos, de eliminación) v. gr., el destierro, la deportación, etc. (véase *Il delitto politico* de Lombroso y Laschi); diferentes de los empleados contra el reo común, y que, por lo tanto, las consecuencias penales de la idéntica teoría serían de todos modos diferentes. Por lo demás, sobre el tema que aquí sólo he tratado de pasada, me ocuparé en el volumen la *La Delincuencia sectaria.*

que anteriormente hemos reproducido, las rebeliones contra los agentes de la fuerza pública. Y aquí me parece intuitiva la razón de la frecuencia del fenómeno de la asociación, si se piensa que las rebeliones contra los agentes de la fuerza pública tienen lugar á menudo en las muchedumbres, ó por parte de grupos de jovenzuelos embriagados que no sufren que se les imponga el respeto á la tranquilidad pública. Es también natural que, aunque estas rebeliones no sean delitos gravísimos, sean á menudo cometidas por varias personas, no sólo porque el ser más de uno da lógicamente mayores probabilidades de victoria, y, por consiguiente, mayor incentivo á intentarlas, sino también porque el simple hecho de estar en compañía aumenta, como he demostrado en otro sitio (1), el valor de todo animal, y, por consiguiente, aumenta también en el hombre el ardimiento para rebelarse.

Explicado de esta manera por qué los delitos políticos y las rebeliones contra los agentes de la fuerza pública (dos delitos que generalmente no son obra del delincuente nato ni del delincuente habitual) tienen los primeros puestos entre los delitos que se cometen con el concurso de varias personas, no nos queda más que invitar al paciente lector á que pase los ojos sobre la lista formada más arriba para ver en qué proporciones se manifiesta en los otros el fenómeno de la asociación.

La mayor proporción la dan los salteamientos y robos con homicidio, es decir, el delito más grave, social y psicológicamente, que se puede cometer; después vienen, al lado de los hurtos, las falsificaciones de moneda, otro delito gravísimo y que casi siempre

(1) *La Muchedumbre criminal*, trad. española, capítulos I y II.

se comete también, dada su íntima naturaleza, por más de una persona; el falso testimonio y los falsos informes periciales, los salteamientos y robos sin homicidio, los incendios, los delitos contra el comercio, etc.

Nótese que todos estos delitos lo son contra la propiedad; en efecto, como veremos más adelante, en ellos es en los que se acentúa el fenómeno de la asociación, justamente porque son los delitos específicos de la delincuencia nata, y sobre todo de la habitual.

Siguen después, con los delitos contra el orden de las familias y contra la tranquilidad pública, los homicidios calificados, la quiebra, la calumnia, los homicidios simples, los infanticidios, los estupros, las estafas, las apropiaciones indebidas y las lesiones.

En conjunto, podemos decir que esta estadística no contradice lo que dejamos afirmado, á saber: que la complicidad es más frecuente en los delitos graves que en los leves. Ciertamente, hay parciales excepciones; por ejemplo, los robos dan una media de 2,11. Pero esto debe atribuirse al valor relativo y á la imperfección de la citada estadística, imperfección cuyas razones quedan ya indicadas. Ya demostraremos con las cifras de 1889, 1890 y 1891 (los primeros años en que se comenzaron á recoger minuciosamente los datos relativos á la complicidad), cómo nuestras afirmaciones son exactas.

III

Hasta aquí hemos deducido algunas consideraciones preliminares, tocante á nuestro tema, de la relación entre el número de los procesados y el de los delitos, porque, aun cuando esta manera de deducción fuese bajo muchos respectos incierta y de dudoso valor, sin embargo, nos ofrecía la oportunidad de examinar particularmente cada singular especie de delitos y de ver en cuáles de ellas fuese más frecuente el fenómeno de la complicidad.

Ahora vamos á estudiar este fenómeno con datos precisos é indiscutibles, aunque menos detallados. Todos los delitos serán comprendidos en las seis grandes clases de:

Delitos contra la administración pública.

Delitos contra la fe pública y el comercio.

Delitos contra la tranquilidad pública.

Delitos contra las buenas costumbres y contra el orden de las familias.

Delitos contra las personas.

Delitos contra la propiedad.

Las seis tablas siguientes, que he formado consultando los volúmenes de la *Statistica giudiziaria penale* de 1880 á 1888, nos ofrecen un cuadro completo

de lo que en estos nueve años fué en Italia la asociación entre los delincuentes en los delitos de competencia de las Assises (1).

(1) A comenzar desde 1889, las cifras relativas al concurso de varias personas en un mismo delito fueron recogidas de distinta manera y más detalladamente. Es, por tanto, imposible reunirlas con las del período anterior para hacer la comparacion: las examinaremos después aparte, como queda advertido.

Delitos contra la administración pública.

Años.	NÚMERO total de los delitos.	NÚMERO de los delitos cometidos por un solo autor.		NÚMERO de los delitos cometidos con la participación de varios delincuentes.					
		Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Con la cooperación material de uno ó más co-reos.	Con la cooperación moral de uno ó más co-reos.	Con la cooperación material de uno ó más cómplices.	Con la cooperación moral de uno ó más cómplices.	TOTAL Cifras efectivas.	TOTAL Proporción por 100 delitos.
1880	220	167	75,91	48	»	5	»	53	24,09
1881	223	163	73,09	56	1	3	»	60	26,91
1882	234	168	71,80	59	1	6	»	66	28,20
1883	249	173	69,48	72	1	3	»	76	30,52
1884	172	130	75,58	41	1	»	»	42	24,42
1885	186	130	69,89	51	»	5	»	56	30,11
1886	174	120	68,97	52	1	1	»	54	31,03
1887	237	184	77,64	52	»	1	»	53	22,36
1888	271	224	82,66	38	»	9	»	47	17,34

DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA Y EL COMERCIO

AÑOS	ESPECIE DE LOS DELITOS	Número total de los delitos.	NÚMERO DE LOS DELITOS COMETIDOS POR UN SOLO AUTOR.		NUMERO DE LOS DELITOS COMETIDOS CON LA PARTICIPACIÓN DE VARIOS DELINCUENTES					
			Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Cooperación material de uno ó más co-reos.	Cooperación moral de uno ó más co-reos.	Cooperación material de uno ó más cómplices.	Cooperación moral de uno ó más cómplices.	TOTAL: Cifras efectivas.	TOTAL: Proporción por 100 delitos.
1880.....	Contra la fe pública..... » el comercio......	676	404	59,77	235	4	33	»	272	30,23
1881.....	Contra la fe pública..... » el comercio......	631	410	64,98	190	»	31	»	221	35,02
1882.....	Contra la fe pública..... » el comercio......	663	511	77,07	142	»	10	»	152	22,93
1883.....	Contra la fe pública..... » el comercio......	737	539	73,13	188	4	6	»	198	26,87
1884.....	Contra la fe pública.....	486	293	60,29	182	»	11	»	193	39,71
	» el comercio......	57	48	84,21	6	»	3	»	9	15,79
1885.....	Contra la fe pública.....	627	373	59,49	243	»	11	»	254	40,51
	» el comercio......	31	25	80 65	4	»	2	»	6	19,35
1886.....	Contra la fe pública.....	830	544	65.54	272	4	10	»	286	34,46
	» el comercio......	42	34	80,95	4	»	4	»	8	19,04
1887.....	Contra la fe pública.....	853	701	82,18	126	8	17	1	152	17,82
	» el comercio......	52	39	75,00	10	»	3	»	13	25,00
1888.....	Contra la fe pública.....	796	626	78,64	134	4	32	»	170	21,36
	» el comercio......	67	53	79,10	8	»	6	»	14	20,90

Delitos contra la tranquilidad pública.

Años.	NÚMERO total de los delitos.	NÚMERO de los delitos cometidos por un solo autor.		NÚMERO de los delitos cometidos con la participación de varios delincuentes.					
		Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Con la cooperación material de uno ó más co-reos.	Con la cooperación moral de uno ó más co-reos.	Con la cooperación material de uno ó más cómplices.	Con la cooperación moral de uno ó más cómplices.	TOTAL Cifras efectivas.	TOTAL Proporción por 100 delitos.
1880	312	282	90,38	30	»	»	»	30	9,62
1881	315	284	90,16	31	»	»	»	31	9,84
1882	328	309	94,21	19	»	»	»	19	5,79
1883	396	341	86,11	51	»	4	»	55	13,89
1884	384	340	88,54	44	»	»	»	44	11,46
1885	453	404	89,18	47	2	»	»	49	10,82
1886	344	322	93,60	22	»	»	»	22	6,40
1887	475	425	89,47	47	»	3	»	50	10,53
1888	415	388	93,50	23	»	4	»	27	6,50

DELITOS CONTRA LAS BUENAS COSTUMBRES Y EL ORDEN DE LAS FAMILIAS

AÑOS	ESPECIE DE LOS DELITOS	Número total de los delitos.	NÚMERO DE LOS DELITOS COMETIDOS POR UN SOLO AUTOR.		NUMERO DE LOS DELITOS COMETIDOS CON LA PARTICIPACIÓN DE VARIOS DELINCUENTES					
			Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Cooperación material de uno ó más co-reos.	Cooperación moral de uno ó más co-reos.	Cooperación material de uno ó más cómplices.	Cooperación moral de uno ó más cómplices.	TOTAL Cifras efectivas.	TOTAL Proporción por 100 delitos.
1880..	Contra las buenas costumbres. » el orden de las familias.	364	282	77,47	53	1	28	»	82	22,53
1881..	Contra las buenas costumbres. » el orden de las familias.	385	307	79,74	56	»	22	»	78	20,26
1882..	Contra las buenas costumbres. » el orden de las familias.	393	329	83,72	55	»	9	»	64	16,28
1883..	Contra las buenas costumbres. » el orden de las familias.	365	303	83,02	54	1	7	»	62	16,98
1884..	Contra las buenas costumbres. » el orden de las familias.	443	362	81,71	59	1	21	»	81	18,29
1885..	Contra las buenas costumbres.	132	113	85,60	17	»	2	»	19	14.40
	» el orden de las familias.	305	229	75,08	57	»	19	»	76	24,92
1886..	Contra las buenas costumbres.	144	116	80,55	24	»	4	»	28	19,45
	» el orden de las familias.	261	204	78,16	40	1	16	»	57	21,84
1887..	Contra las buenas costumbres.	143	121	84,61	19	»	3	1	22	15.39
	» el orden de las familias.	248	196	79,03	34	3	14	»	52	20,97
1888..	Contra las buenas costumbres.	143	131	91,61	12	»	»	»	12	8,39
	» el orden de las familias.	200	145	72,50	29	»	26	»	55	27,50

Delitos contra las personas.

Años.	NÚMERO total de los delitos.	NÚMERO de los delitos cometidos por un solo autor.		NÚMERO de los delitos cometidos con la participación de varios delincuentes.					
		Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Con la cooperación material de uno ó más co-reos.	Con la cooperación moral de uno ó más co-reos.	Con la cooperación material de uno ó más cómplices.	Con la cooperación moral de uno ó más cómplices.	TOTAL Cifras efectivas.	TOTAL Proporción por 100 delitos.
1880	3.432	2.653	77,30	558	17	204	»	779	22,70
1881	3.301	2.624	79,49	498	9	169	1	677	20,51
1882	2.984	2.413	80,87	375	41	151	4	571	19,13
1883	2.829	2.198	77,70	421	58	148	4	631	22,30
1884	2.576	1.986	77,10	393	40	156	1	590	22,90
1885	2.733	2.038	74,57	555	4	136	»	695	25,43
1886	2.466	1.891	76,68	370	56	145	4	575	23,32
1887	3.039	2.523	83,02	290	32	191	3	516	16,98
1888	2.813	2.286	81,27	270	22	233	2	527	18,73

Delitos contra la propiedad.

Años.	NÚMERO total de los delitos.	NÚMERO de los delitos cometidos por un solo autor.		NÚMERO de los delitos cometidos con la participación de varios delincuentes.					
		Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Con la cooperación material de uno ó más co-reos.	Con la cooperación moral de uno ó más co-reos.	Con la cooperación material de uno ó más cómplices.	Con la cooperación moral de uno ó más cómplices.	TOTAL Cifras efectivas.	TOTAL Proporción por 100 delitos.
1880	3.756	1.986	52,88	1.608	8	154	»	1.770	47,12
1881	3.472	1.927	55,50	1.427	1	117	»	1.545	44,50
1882	2.845	1.736	61,02	1.051	5	53	»	1.109	38,98
1883	2.850	1.715	60,18	1.084	12	38	1	1.135	39,82
1884	2.203	1.226	55,65	885	3	88	1	977	44,35
1885	2.153	1.190	55,27	942	»	21	»	963	44,73
1886	2.205	1.209	54,83	904	8	78	6	996	45,17
1887	2.254	1.462	64,86	707	4	75	6	792	35,14
1888	2.209	1.304	59,03	763	4	138	»	905	40,97

Resumiendo estos datos en un solo cuadro, tenemos:

Años.	NÚMERO de los delitos cometidos con la cooperación de uno ó más delincuentes.											
	Contra la administración pública.		Contra la fe pública y el comercio.		Contra la tranquilidad pública.		Contra las buenas costumbres y el orden de las familias.		Contra las personas.		Contra la propiedad.	
	Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.	Cifras efectivas.	Proporción por 100 delitos.
1880	53	24,09	272	30,23	30	9,62	82	22,53	779	22,70	1770	47,12
1881	60	26.91	221	35,02	31	9,84	78	20,26	677	20,51	1545	44,50
1882	66	28,20	152	22,93	19	5,79	64	16,28	571	19,13	1109	38,98
1883	76	30,52	198	26,87	55	13,89	62	16,98	631	22,30	1135	39,82
1884	42	24,42	202	27,75	44	11,46	81	18,29	590	22,90	977	44,35
1885	56	30,11	260	29,93	49	10,82	95	19,66	695	25,43	963	44,73
1886	54	31,03	294	26,75	22	6,40	85	20,64	575	23,32	996	45,17
1887	53	22,36	165	21,41	50	10,53	74	18,18	516	16,98	792	35,14
1888	47	17,34	184	21,13	27	6,50	67	17,95	527	18,73	905	40,97
Media. 1880-88		26,10		26,89		9,42		18,97		21,33		42,30

La primera observación de índole genérica que sugiere el examen del cuadro anterior es que en todas, indistintamente, las especies de delitos, el fenómeno de la complicidad, después de haber señalado un *maximun* en 1880, va gradualmente disminuyendo en los años sucesivos, vuelve á subir en los años 1885 y 1886, y vuelve á descender en los años posteriores.

Se trata de aquellas oscilaciones periódicas, en parábola, propias de todas las manifestaciones de la criminalidad, y debidas á un conjunto de causas sociales que aquí no hay necesidad de examinar.

Lo que á nosotros nos interesa es ver qué delitos se cometen más á menudo con la cooperación de uno ó más delincuentes.

Colocando en orden descendente la seis especies de delitos, tenemos que, en la media 1880-88, son cometidos por más de una persona:

De cada	100 delitos	contra	la propiedad	42,30
»	»	»	la fe pública y el comercio.	26,89
»	»	»	la administración pública..	26,10
»	»	»	las personas	21,33
»	»	»	las buenas costumbres y el	
»	»	»	orden de las familias....	18,97
»	»	»	la tranquilidad pública....	9,42

La complicidad es, por tanto, un hecho *normal* en los delitos contra la propiedad, puesto que el número de los delitos cometidos por varias personas es casi igual al de los cometidos por una sola; y es, en general, mucho más frecuente en los delitos que ofenden el sentimiento de la *probidad* (delitos contra la fe pública y el comercio y contra la administración públi-

cà) que en los que ofenden el sentimiento de la *piedad* (delitos contra las personas, etc.).

De donde resulta que la asociación es, en el mundo criminal, el fenómeno característico de los ladrones.

Lo cual se explica, no sólo, como poco antes decía, por el hecho de que entre los ladrones es donde se encuentra el mayor número de delincuentes habituales (1), sino también por el hecho de que el hurto es un delito que la gran mayoría de los delincuentes está siempre dispuesta á cometer, porque repugna menos al organismo que el homicidio y porque tiene un móvil y un fin de utilidad universal. Se comprende, efectivamente, que sea más difícil encontrar cómplices para un homicidio, ó para un estupro, donde el motivo determinante puede ser exclusivamente individual (venganza, pasión depravada, odio, etc.), que no para el robo, cuyo motivo es, si así puede decirse, comunicable, y el provecho que de él se obtiene es de índole económica, y por consiguiente, apreciado por todo el mundo. A lo que debe añadirse que, siendo el robo (con el cual vocablo comprendo, no solamente la figura á que el Código se refiere, sino todas las formas de *apoderarse de lo ajeno,* en el más amplio sentido de la frase, desde las formas más vulgares hasta las más aristocráticas, desde las más ostensibles hasta las más encubiertas) el delito más generalizado y el único que puede constituir verdaderamente una profesión, debe, precisamente lo mismo que las profesiones honradas, servirse de la gran fuerza de trabajo que implica la asociación. «La industria criminosa, lo mismo que las industrias lícitas y útiles, dice perfectamente Canonico (2),

(1) Véase Lombroso: *L' Uomo delinquente*, tomo I, *passim*.

(2) Canonico: *Del reato e della pena*, Turín, 1872, pág. 241.

no puede sostenerse por mucho tiempo con esfuerzos aislados: lo mismo que cualquiera otra industria, tiene necesidad de capitales y de asociación.» Y en efecto, el principio biológico según el cual la patología sigue las leyes de desarrollo que la fisiología, es también verdadero en el campo social; y cuando un delito llega casi á igualar, por su extensión y por su frecuencia, á una forma cualquiera de actividad honrada, es natural y necesario que en él se manifiesten todos aquellos fenómenos que tienen lugar en las profesiones normales, y entre ellos, principalísimamente, la asociación.

IV

Ahora ya no nos queda más que examinar cuáles delitos contra la propiedad, contra las personas, contra las buenas costumbres, etc., son los que más frecuentemente se cometen con el concurso de varios individuos.

Este examen sólo podemos hacerlo sirviéndonos de las cifras de los años 1889, 1890 y 1891, los primeros años, según he advertido ya, en que la estadística judicial penal se ha ocupado de recoger datos precisos y minuciosos sobre la complicidad, ofreciendo el tanto por ciento de los delitos cometidos con la participación de varias personas, no ya para cada una de las

seis grandes categorías de delitos, sino para cada delito individual.

He aquí las cifras, dispuestas, como otras veces, en una tabla, que facilita la comprensión de su significado (1):

(1) Las cifras de esta tabla correspondientes al año 1889 deberían, en algunos delitos, diferenciarse de las de los años 1890 y 1891, por la razón, que ya hemos indicado otras veces, de que la promulgación del nuevo Código penal italiano ha hecho imposible en algunos casos la confrontación exacta entre los datos estadísticos que preceden y los que siguen al 1.º de Enero de 1890.

TRIBUNALES DE ASISES	NÚMERO DE LOS DELITOS COMETIDOS CON EL CONCURSO DE VARIAS PERSONAS. — Cada 100 delitos.			
	1889	**1890**	**1891**	**Media.**
1. *Salteamientos y robos con homicidio*	59,65	»	»	»
2. Rapiñas, extorsiones, robos	53,45	61,15	54,37	55,60
3. Otros delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias (artículos 340-363)	»	50,00	53,33	51,66
4. Falsificación de moneda y de documentos de crédito público	»	49,09	41,38	45,23
5. Delitos contra el orden público	»	43,59	38,23	40,91
6. Robos	39,40	27,78	48,89	38,86
7. *Hurtos simples*	38,00	»	»	»
8. Homicidios calificados	»	35,22	31,34	33,28
9. Violencias, resistencias á la autoridad, ultrajes contra personas revestidas de autoridad	27,16	41,94	10,81	26,76
10. Homicidio de infante excusables por causa de honor	»	25,76	27,27	26,51
11. *Difamaciones é injurias*	25,00	»	»	»
12. Calumnias, simulación de delito y falsedades en juicio	»	26,67	18,37	22,52
13. Lesiones personales simples (artículo 372, 1.ª parte y último párrafo)	»	25,77	18,23	22,00
14. Falsificación de documentos públicos y privados	»	24,88	18,94	21,91
15. Incendios	»	26,09	16,67	21,38
16. Delitos contra la seguridad del del Estado	»	26,32	15,38	20,85
17. Estafas y otros fraudes	22,05	14,81	22,64	20,38
18. Violencias carnales, corrupción de menores y atentados al pudor	»	19,80	20,77	20,28
19. *Delitos contra las buenas costumbres*	19,34	»	»	»
20. Otros delitos contra las personas (artículos 371-375, 380-392)	»	13,46	22,50	17,98
21. Delitos previstos por el Código de Comercio (arts. 856-867)	15,69	21,43	17,65	17,61
22. *Delitos contra el orden de las familias*	17,35	»	»	»
23. *Falsificación de moneda y de documentos*	16,50	»	»	»
24. *Heridas y golpes*	16,40	»	»	»
25. *Incendios y daños*	16,16	»	»	»
26. *Falso testimonio y calumnia*	14,91	»	»	»
27. *Homicidios simples y lesiones seguidas de muerte*	13,95	»	»	»
28. Homicidios simples	»	14,00	13,03	13,51
29. Lesiones personales graves (artículo 372, primer párrafo)	»	15,51	10,98	13,24
30. Delitos contra la libertad	»	12,50	13,73	13,11
31. Homicidios agravados	»	11,59	14,13	12,86
32. Otros delitos contra la administración de la justicia	»	14,29	6,25	10,27
33. *Delitos contra la tranquilidad pública*	8,46	»	»	»
34. Delitos de empleados públicos	»	1,34	13,33	7,33
35. Homicidios extraintencionales	»	6,38	7,76	7,07

Este cuadro necesita pocos comentarios.

En él vemos luminosamente confirmadas las dos afirmaciones principales que hemos venido desenvolviendo en este capítulo:

1.ª Que la complicidad es más frecuente en los delitos graves que en los leves, ó sea, más frecuente entre los delincuentes natos y habituales que entre los delincuentes ocasionales.

2.ª Que la complicidad es el fenómeno específico de los ladrones.

En efecto, los dos primeros lugares de la tabla anterior los ocupan los delitos contra la propiedad que revelan al delincuente más perverso y más temible; el cuarto, el sexto y el séptimo lugar corresponden á la falsificación de moneda y de documentos de crédito público, á los robos y á los hurtos simples; el octavo lugar á los homicidios calificados, ó sea el delito contra las personas que, en la mayoría de los casos, es cometido por delincuentes de tendencia congénita.

Cuanto á los delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias, comprendidos en los artículos 340 á 363 del Código penal italiano (1), los cuales delitos ocupan el tercer lugar, facilmente se explica por qué se cometen á menudo por varios individuos, en vez de por uno solo.

Estos delitos son el rapto y el lenocinio, y el uno por razones de ejecución y el otro por su íntima naturaleza y porque es propio de la delincuencia habitual más repugnante y más baja, tienen que servirse con frecuencia de la complicidad.

(1) Los demás delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias (violencias carnales, corrupción de menores y atentados al pudor) ocupan el décimooctavo puesto.

Por lo que toca á los delitos contra el orden público, que ocupan el quinto lugar, es casi superfluo explicar la razón de la frecuencia del concurso de delincuentes en los mismos. En efecto, estos delitos comprenden tres categorías: la instigación á delinquir, la asociación para delinquir y la excitación á la guerra civil, al saqueo, al pillaje, y los cuerpos armados. Delitos estos, algunos de los cuales es materialmente imposible, y otros dificilísimo, que sean cometidos por una sola persona.

Sobre la frecuencia de la complicidad en los delitos de rebelión ó violencia contra los agentes de la fuerza pública, los cuales tienen el noveno puesto, hemos dado ya antes algunas explicaciones que nos parecen satisfactorias.

Por lo que hace á los delitos de difamación y de injuria (undécimo lugar), observamos que en ellos la frecuencia del fenómeno de la asociación depende, con toda probabilidad, de que en las difamaciones ó injurias cometidas por medio de la imprenta, además del autor del artículo difamante ó injurioso, es siempre procesado el gerente del periódico.

Así se explica que un delito tan leve y que puede ser cometido por personas muy honradas, dé á la complicidad una cifra tan alta, relativamente.

Las cifras de los otros delitos no ofrecen materia para ningún especial comentario. Adviértase solamente el mínimo número de homicidios simples cometidos por varias personas, lo cual depende de que los homicidios simples son en gran parte delitos de ímpetu.

V

Seríamos unos ingenuos, si, por haber recogido y comentado las cifras de la estadística oficial italiana sobre la complicidad, creyéramos haber dado la verdadera medida de lo que sea, en nuestra sociedad, la asociación entre los delincuentes.

Se trata de un fenómeno que, entendido en su más amplia significación, no puede ser encerrado en pocos números y que tiene manifestaciones tan distintas y numerosas, que se escapa á toda determinación minuciosa y precisa. Nos referimos al parasitismo, á los inmundos vínculos entre la prostitución y el delito, á todas aquellas uniones criminosas que no llegan á ser incluidas en la estadística y que solamente puede analizar el sociólogo (1). Cierto, estas formas no entran en el concepto jurídico de la complicidad, pero constituyen las bases sobre las que luego se levanta la complicidad, las condiciones que la hacen posible; si así puede decirse, forman la masa homogénea é indistinta, de donde después surgen, especificadas y distintas, las varias especies de asociaciones entre los delincuentes.

Además, no debe ni siquiera creerse que la estadística sepa y pueda tener en cuenta todas las complicidades que merecen tal nombre, aun desde el punto de

(1) Véase á este propósito mis libros *El delito de dos* y *Las asociaciones de malhechores*.

vista estrictamente jurídico. Sobre todo, hoy, y sobre todo en los grandes delitos de las altas clases sociales, existen formas de participación más ó menos directa, que rara vez salen á la luz de la publicidad, y todavía más rara vez caen bajo la acción de la justicia.

«En los comienzos de las sociedades, escribe á este propósito Liszt (1), hay dos ó tres maneras de ser cómplice, y el número de éstos está estrictamente limitado por los estrechos confines del grupo social más próximo. Pero en nuestros días, ¡cuántas personas diseminadas por todo el continente europeo, ó más allá del mismo, se han aprovechado á sabiendas de las estafas cometidas en nuestros grandes negocios financieros, y de cuántas maneras diferentes!»

¿Quién se atreverá á afirmar que las complicidades á que Liszt alude caen todas ellas bajo la severidad de la ley, y que, por tanto, han de estar comprendidas en las cifras de la estadística?

De consiguiente, ésta presenta (repitámoslo todavía otra vez) muchas lagunas frente á la importancia de nuestro tema, y se equivocaría grandemente el que creyese que en sus cifras se contiene en resumen toda la historia y todo el estado actual del fenómeno de la asociación criminal.

Mas no es este el lugar á propósito para colmar tales lagunas: en otra parte hemos procurado modestamente hacerlo (2); aquí, en esta parte jurídica de nuestro trabajo, solamente nos urge advertir que el tema que nos ocupa tiene muchos otros aspectos bajo los cuales merece ser considerado.

---

(1) En el *Bulletin de l'Union internationale de droit pénal*, Bruselas, 1892.

(2) Véase sobre la criminalidad colectiva de las altas clases sociales mi libro *Delincuencia sectaria.*

CAPÍTULO IV

Psicología de la complicidad.

I

Aun cuando la estadística no nos hubiera demostrado, con la evidencia indiscutible de las cifras, que los delincuentes asociados son los más perversos y los más temibles, esta verdad, como hemos dicho, se habría mostrado intuitivamente á todo el que conozca, aunque sólo sea superficialmente, la psicología criminal.

En la categoría de los delincuentes habituales es donde se puede encontrar á aquellos que organizan delitos que han de ser cometidos en común: no seguramente en la categoría de los delincuentes por pasión y fortuitos.

Gabriel Tarde ha dicho que, al contrario de los ejércitos militares, los cuales se disuelven para vivir y se reunen para obrar, el ejército de los delincuentes habituales se reune para vivir y se disuelve para obrar (1).

Se refería á aquellos tétricos lugares de reunión que,

(1) Tarde: *La Philosophie penale*, pág. 279.

especialmente en las grandes ciudades, recogen la hez de las ínfimas clases sociales, y en los que se sugieren, se aconsejan y se preparan por muchos los delitos que después vienen realizados por uno solo ó por pocos. Y su acertadísima observación habría sido completa, si hubiera añadido que, así como los soldados, cuando se desbandan para buscar los víveres, van rara vez solos, sino casi siempre en patrullas, los delincuentes, cuando se disuelven para obrar, rara vez van solos, sino casi siempre en pequeños grupos.

De todas suertes, nosotros no vamos á detenernos en un argumento que creemos puede resolverse con el simple buen sentido.

El tema que ahora debe ocuparnos es otro.

Dado que, en general, el delito cometido por varias personas sea obra de delincuentes habituales, y supuesto que el solo hecho de ser un delito cometido por más de un individuo constituye un peligro mayor que el que presenta el delito cometido por uno solo, preguntamos: ¿hay, además de éstas, otras razones para pedir que la sociedad sea más severa con los delincuentes asociados que con los que obran por sí solos?

¿No produce el número otros efectos, otras consecuencias que los que derivan de su valor aritmético? ¿Puede, por motivos diversos, modificar, en un sentido ó en otro, la responsabilidad de los participantes en un delito?

En mi libro sobre la muchedumbre delincuente he sostenido, y espero haber demostrado, que cuando un delito es cometido por muchísimos individuos, hay que atenuar la pena á los culpables, por cuanto su responsabilidad disminuye (1).

(1) He sostenido esta tesis, no de un modo absoluto, sino de

Esta opinión, que fué reconocida universalmente justa cuando se trata de una muchedumbre, ¿será también aplicable á los delitos cometidos, no por una multitud, sino sólo por algunas personas?

La lógica tosca y superficial acaso respondería afirmativamente á esta pregunta; pero, por el contrario, en mi opinión, la respuesta debe ser negativa. El número de los cómplices, cuando es grandísimo, se convierte en una excusa, pero cuando es pequeño, se convierte en una agravante.

Parece un absurdo, pero es la verdad.

El número, aplicado á aquella unidad que se llama hombre, tiene dos valores: un valor aritmético, para el cual sirven las leyes simples y lógicas de la aritmética, y otro valor psicológico, para el cual sirven las leyes complejas y extrañas de la psicología.

Bajo este último aspecto, podría decirse que se asemeja á ciertos venenos, los cuales producen efectos diferentes y opuestos, según que se suministren en pequeñas ó en grandes dosis: unas veces matan y otras refuerzan el organismo.

---

un modo general, admitiendo que puede haber casos (los del delincuente nato, para el cual la excitación producida por la multitud no es más que un pretexto para desahogar sus instintos) en los cuales la responsabilidad debe conservarse íntegra, porque la temibilidad no es transitoria, sino permanente.

II

Mas para poder explicarnos bien acerca de este punto, es ante todo preciso hacer una distinción.

La complicidad puede ser preordenada para el delito y puede surgir instantáneamente en el momento mismo en que el delito se comete.

La primera hipótesis, la más grave, no tiene, como se comprende perfectamente, ninguna analogía, ní siquiera lejana, con el caso de la muchedumbre delincuente.

Cuando la muchedumbre delinque, el delito que comete es improvisado y pasional; cuando pocos individuos se reunen para preparar un delito, el que llegan á cometer es un delito premeditado y muy otra cosa que pasional (1).

Los numerosos y casuales cómplices de un delito

(1) Algunas veces, también la muchedumbre puede cometer delitos preordinados ó premeditados. Un ejemplo de ello lo tenemos en el linchamiento, acto de violencia colectiva que á menudo se resuelve cometerlo antes de que tenga lugar la comisión. El delito de la multitud adquiere en tales casos una gravedad mayor, y la responsabilidad de sus autores no puede invocar aquellas atenuantes que pueden invocarse en los casos de delitos improvisados. Véase á este propósito, además de mi *Muchedumbre delincuente*, la disertación del Dr. José González y Lanuza: *La Ley de Lynch en los Estados Unidos*, Habana, 1892, y los artículos sobre el mismo tema publicados por R. Garofalo y P. Dorado en la *Scuola positiva* de 15 de Agosto y 15-30 Setiembre de 1893.

cometido por la muchedumbre no se conocen mutuamente: han venido de diferentes lugares, con fines diferentes no bien definidos. Los pocos partícipes de un delito premeditado se conocen todos, necesariamente; se han dado cita *exprofeso*, y para ellos, el delito no es una consecuencia imprevista, que ha aparecido de pronto y á pesar suyo, sino que es un efecto querido y conscientemente preparado.

Los culpables de un delito cometido por la muchedumbre son, en general, individuos que hasta entonces han sido honrados, por tanto, delincuentes de ocasión; los culpables de un delito premeditado son, la mayor parte de las veces, gentes para las cuales, como diría Pelegrín Rossi, «la vida es toda ella un acto preparatorio».

En el primer caso, pues, predomina, por no decir que impera del todo, el factor social; por el contrario, en el segundo caso predomina el factor antropológico.

En el primer caso tenemos un fenómeno complejo, extraño, inexplicable, de sugestión fulminante, que perturba la psiquis de todos y convierte á cada individuo en un instrumento inconsciente; en el segundo caso tenemos el fenómeno simple y claro de algunos malvados que fría y serenamente, sin ser arrastrados ni turbados por causa alguna exterior, reunen sus intenciones no honradas y combinan la ejecución de un delito. En tales casos, la premeditación tiene verdaderamente su significado odioso de circunstancia agravante, porque denota la carencia completa del sentimiento de piedad ó del de probidad que en los delincuentes que no premeditan puede sólo estar oscucurecido por algún tiempo.

Es, pues, claro y evidente que la libertad del que-

rer (1) y la personalidad de los delincuentes que se asocian no quedan en nada disminuidas ni alteradas, y que, por tanto, no puede corresponder á los mismos ninguna diminución de responsabilidad.

¿Deberá, por el contrario, aumentarse esta responsabilidad y exigir por parte de la sociedad una reacción más grave?

En otros términos, ¿se verificará en este caso el fenómeno antes indicado, y el número, al igual de cierto venenos, cuando sea pequeño, reforzará aquella misma responsabilidad que embota ó elimina cuando es grandísimo?

Veámoslo.

III

En materia de complicidad, los juristas clásicos se han contentado—como ya hemos hecho notar varias veces—con considerar la parte que cada partícipe haya tomado en el delito, y con castigarle con una pena adecuada *solamente* por aquella parte. No sólo no han visto el peligro social que surgía evidentemente de la

(1) La deplorable ignorancia en que, desgraciadamente, están todavía muchos con respecto á las doctrinas positivistas, me obliga á advertir que me refiero, no ya á la metafísica libertad de arbitrio (que nosotros negamos), sino á la libertad del querer en el sentido de independencia, esto es, de una voluntad no coartada por sugestiones exteriores.

diferencia numérica entre el delito cometido por varios individuos y el cometido por uno solo, sino que no han visto, ni siquiera sospechado, el peligro que surgía de la diferencia *psicológica* entre el uno y el otro caso.

Para ellos, el fenómeno de la asociación entre los delincuentes era un problema que sólo se resolvía de un modo mecánico: no se trataba más que de averiguar cuál había sido el concurso prestado por cada cómplice para el delito y de atribuirles la pena que, en consecuencia, se reputaba justa. Exactamente lo mismo que si hubiera que descomponer un *total* en sus *factores* singulares y determinar el valor de cada uno.

Ahora bien; á nuestro juicio, este es un medio demasiado ingenuo y demasiado mezquino para ser exacto.

Empezaremos por decir que el solo hecho de ser *algunos* en lugar de *uno solo* empeora á todos desde el punto de vista intelectual y moral.

Esto ocurre en cualquiera asociación de individuos, aun de hombres honrados, y ocurre por una necesidad natural, y puedo decir matemática. Así como una media de muchas cifras no puede, evidentemente, ser igual á las más altas de estas cifras, tampoco un agregado de hombres puede reflejar en sus manifestaciones las facultades más elevadas, propias de algunos de estos hombres; reflejará tan sólo las facultades medias que residen en todos, ó al menos en la mayoría de los individuos. Los estratos últimos y mejores del carácter, como diría Sergi (1), aquellos que la civilización y la educación han conseguido formar en algunos individuos, quedan oscurecidos por los estratos medios, que

(1) J. Sergi: *La stratificazione del carattere e la delinquenza*, Milán, 1883.

forman el patrimonio de todos: en la suma total, estos últimos predominan y los otros desaparen.

¡Imagínense las consecuencias que tendrá este fenómeno en las asociaciones de delincuentes! El malo resultará pésimo, y será el caso de exclamar con Joly: «para los delincuentes, verse es conocerse; y conocerse es perderse mutuamente» (1).

En efecto, aun aquellos que conservaran un último rayo de honradez se verían obligados á perderla frente á las amenazas de los más perversos, ó por temor y vergüenza de parecer cobardes. En este caso tiene lugar una degeneración fatal, debida á aquella verdad dolorosa, según la cual, en la sociedad, lo mismo que en la naturaleza, los gérmenes peores son los que más fácilmente se reproducen y se difunden. El microbio del mal tiene una potencia de expansión infinitamente más grande que el microbio del bien, en el supuesto de que este último exista; pues, mientras que es sabido que muchas enfermedades son, desgraciadamente, contagiosas, no está demostrado que también la salud sea contagiosa. Es el fenómeno de las manzanas podridas que pudren á las sanas, no las sanas mejoran á las podridas (2).

A lo que debe añadirse que, cuando los delincuentes son algunos ó muchos, piensan y preparan los delitos más graves y más atroces, y tienen la audacia, los medios y la fuerza suficientes para ponerlos en ejecución. «La inteligencia criminosa de uno solo, ha escrito Holtzendorff, no es jamás tan ingeniosa como la inteli-

(1) Joly: *Le Crime*, pág. 155.

(2) No hago más que indicar estos argumentos, que he desenvuelto con amplitud en el libro *La muchedumbre delincuente*.

gencia de una sociedad de delincuentes (1)». Y hay que convenir en que los delincuentes asociados son más temibles que el delincuente aislado, no sólo por ser más numerosos y más aguerridos, sino también por ser más perversos de lo que lo sería cada uno de ellos aisladamente considerado.

Cuando se trata de juzgar un delito cometido por varios individuos, nos encontraremos, pues, con gentes que, puede decirse, han hipotecado al delito su propia vida, pues los cómplices, lo mismo que fueron recíprocamente los corruptores del pasado, serán también los corruptores del porvenir. Las relaciones y la solidaridad entre los delincuentes son de aquellas que difícilmente se rompen, y que, en todo caso, se reanudan con facilidad. La obra pervertidora de los compañeros, una vez comenzada, no se detiene y no abandona jamás á su víctima (2).

Pero, aparte estas consideraciones generales, que sirven para explicar qué cosa sean *en potencia* los delincuentes asociados, hay otra que muestra lo que los mismos pueden y valen *de hecho*.

Es un error común el de creer que dos ó más individuos que se reunen para perpetrar un delito den socialmente un resultado equivalente á la *simple suma* de sus particulares energías.

La psicología no se explica, ni, por consiguiente, se gobierna con las leyes de la aritmética, sino con las de la química. En psicología no puede decirse que uno

(1) Holtzendorft: *El asesinato y la pena de muerte*, trad. italiana, pág. 74.

(2) Véase M. du Camp: *Paris, ses organes, ses fonctions et sa vie*, vol. III.—Moreau: *Le monde des prisons*.—Despine: *De la contagion morale*.

más uno hagan dos, ni que haya simples *mezclas*, esto es, *aproximaciones inorgánicas* de dos ó más cuerpos, cada uno de los cuales mantenga sus propiedades y no las engendre nuevas: en psicología no hay más que *combinaciones*. La acción que resulta del concurso de varias personas no es, por tanto, una *adición*, sino que es siempre un *producto*.

En otro sitio (1) he explicado difusamente las causas de este fenómeno: aquí me contento con describirlo, sirviéndome de una comparación más bien vulgar, pero que creo expresa exactamente mi pensamiento.

Así como la fuerza reunida de dos caballos es siempre mayor que la simple suma de la fuerza del uno más la del otro; así como el valor económico de una pareja es siempre mayor que la suma de los precios de cada uno de los caballos tomados aisladamente, así también el peligro y la importancia social de una asociación de dos, y con mayor razón de más delincuentes, es siempre superior á la suma de las energías de cada uno de ellos.

Una sociedad de varias personas posee elementos que no existen en ninguno de los que la componen, y que nacen y se desprenden, como chispas psicológicas, en el momento en que, uniéndose varios individuos, dan vida á la sociedad.

Se verifica, en una palabra, una reacción psicológica análoga á las reacciones químicas: de la unión de varios hombres surgen fuerzas morales y físicas desconocidas hasta entonces y que ninguno de ellos poseía, como de la unión química de varios cuerpos resultan sustancias nuevas y diferentes de aquellas que antes los componían.

(1) Véase mi libro *El delito de dos*, trad. española, cap. IV.

La consecuencia necesaria de éste, que á mí me parece un axioma psicológico, es que la complicidad debe siempre constituir, también por esta nueva razón, una circunstancia agravante; pues me parece lógico y justo el hacer corresponder un *plus* de pena al *plus* de peligro social que presenta, por su intrínseca naturaleza, la unión de dos ó de algunos delincuentes.

IV

¿Valdrá también este principio para los casos en que la complicidad no es anterior al delito, sino sólo simultánea?

Antes de contestar á esta pregunta, séanos permitida una observación.

El Código italiano, en los artículos en que trata del concurso de varias personas en un delito, no distingue entre las dos formas de complicidad, que, para entendernos, llamaremos premeditada é improvisada.

Los mismos autores, tan pródigos en observaciones relativamente á los modos de participar en un delito, han sido más bien avaros por lo que toca á esta distinción, que en muchos casos puede tener capital importancia.

Antes bien, algunos de ellos, como Carmignani (1),

(1) Carmignani: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, volumen II, cap. XIX, pág. 393.

niegan resueltamente y de un modo absoluto que en los delitos de ímpetu puede haber participación criminosa. Carrara dice que, en sustancia, las razones por las cuales debe excluirse de los delitos de ímpetu la participación criminosa, son análogas á aquellas en virtud de las cuales él (y con él muchos otros) (1) excluye la tentativa en tales delitos, esto es, la imposibilidad de que en los delitos de resolución instantánea, en ánimos agitados y conmovidos por el ímpetu de una pasión ciega, tengan lugar la premeditación y el cálculo que constituyen la esencia, tanto de la tentativa como de la participación (2). Pero el mismo Carrara escribe inmediatamente: «Mas tal proposición no debe aceptarse, en materia de participación ó complicidad en el delito perfecto, de una manera ciega, porque entre la complicidad en un delito ejecutado por otro y la tentativa existe la siguiente diferencia: que como en la tentativa falta el *evento* que revele lo *idea* del agente, ésta permanece, á los ojos del juez, en la esfera de las previsiones conjeturales; mientras que en la complicidad que se manifiesta con relación á un delito consumado, como se tiene el evento obtenido, éste puede á veces ofrecer la prueba explícita y positiva del pensamiento del agente, aun del agente accesorio (3)».

Y en efecto, hoy es, puede decirse, general la opinión, tanto en la doctrina (4) como en la jurispruden-

(1) Romagnosi: *Genesi del diritto penale*, § 667. — Mittermaier: *Diferencia entre los delitos consumados y la tentativa* (*Escritos germánicos*, trad. ital. de Mori, vol. I, pág. 278).—Giuliani: *Istituzioni di diritto criminale*, lib. I, cap. V, § 1.

(2) Véase Carrara: *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto* (*Opuscoli*, I, § 36 y siguientes.)

(3) Carrara: *Opuscoli*, vol. I, pág. 513.

(4) Véase Pessina: *Elementi di diritto penale*, vol. I, § 107 y si-

cia (1), de que, aun cuando la prueba sea difícil, no es absurdo el que, aun en los hechos instantáneos, pueda existir la participación criminosa, sea por concurso moral, sea por auxilios materiales. Cosentino (2) pone á este propósito el ejemplo de una riña entablada entre varios, y en la cual uno de los contendientes, vencido por su enemigo, dice al compañero: *mátalo, que me ha herido*, y el compañero efectivamente lo mata; y asimismo pone el ejemplo de aquel que, imposibilitado por la acción de su adversario para hacer uso del cuchillo con que se halla armado, se lo entrega al compañero para que con él hiera ó mate. Y Nicolini, con una frase expresiva y enérgica, que yo suscribo, porque es una verdad psicológica, dice que también en los delitos de ímpetu puede existir la complicidad, puesto que á veces basta para establecerla una simple mirada.

Pero bueno es notar que en muchos casos el *participar* en un delito determinado es cosa distinta de ser *cómplice* del mismo, en el verdadero y completo sentido de la palabra.

Esta diferencia, que á mi juicio es importantísima, no he visto que la haya advertido ninguno más que Haus, el cual escribía: «Ciertamente, un delito de ímpetu puede ser cometido por varias personas cuyas voluntades y fuerzas han concurrido á originarlo. Mas

guientes, y Puglia: *Manuale di diritto penale,* vol. I, cap. XI, página 240.

(1) Casación sarda, 30 de Noviembre de 1859 (*Massime giurid.*, 1860, vocablo *Complicità*).—Casacion de Nápoles, 18 Marzo de 1868 (*Annali giurispr. ital.*, 1868, parte penale, 153).

(2) Cosentino: *Il Codice penale del* 1859, vol I, pág. 198. Véase también á este propósito Giacchetti: *Dei reati e delle pene in generale,* vol. III, pág. 12.

aunque cada uno de los agentes haya contribuido á producir el mal proveniente del atentado, no son cómplices, en el sentido del derecho penal. No hay vínculo que les una en el mismo delito; no existe la inteligencia, el acuerdo, el pacto que hace común á todos la misma acción criminosa. Si han obrado muchos, tenemos tantas acciones distintas, más ó menos graves, cuantos sean los hechos individuales (1).»

Este sería el caso, como advertía Giacchetti (2), del homicidio cometido por varias personas en una riña no concertada de antemano, y para el cual vale la regla: *ictus uniuscujusque contemplari oportet* (3). Este sería también el caso de todos aquellos homicidios y lesiones que tienen lugar muchas veces en las agitaciones y en las manifestaciones públicas: delitos en que participan muchos individuos y cuyo verdadero autor no se conoce. Tales delitos entran hoy, según el Código italiano, en la categoría de la complicidad correlativa (*corrispettiva*), lo que, á mi modo de ver, es un error, porque, faltando el acuerdo, la fusión de las intenciones particulares, debería hablarse de *responsabilidad* correlativa, no de *complicidad*. Hay que tener muy presente que, aunque varios individuos sean responsables de un determinado hecho, no por eso han de ser necesariamente cómplices.

Pero dejando á un lado esta hipótesis, que aquí no hago más que indicar, porque he de ocuparme de ella con detenimiento y de propósito más adelante (4), lo indudable es que, si no frecuente, es, sin embargo, po-

---

(1) Haus: *Principes généraux du droit pénal belge*, núm. 457.
(2) Obra citada, tomo III, tít. VI, § 6.
(3) Ley 17, Dig. *Ad legem Corn. de sicariis.*.
(4) Véase el apéndice, cap. II, *La complicidad correlativa.*

sible la existencia de una verdadera complicidad aun en los delitos que se llaman de ímpetu.

Sólo que esta complicidad que surge instantáneamente, y que se establece por medio de una mirada, ó solamente por medio de actos materiales de auxilio y de participación en el delito (1), es psicológicamente distinta de la que tiene lugar antes del delito.

La nota diferencial más evidente es la ausencia de premeditación. Lo que, como fácilmente se comprende, hace suponer *a priori* una menor gravedad en el delito, y, por tanto, debe aconsejar al legislador á emplear menos severidad.

Mas algunas veces, aun la complicidad improvisada reviste formas de gravedad excepcional, y el solo hecho de aliarse algunos de improviso da al delito cometido por los mismos un nuevo carácter y una importancia grandísima.

En estos casos nos encontramos en presencia de lo que yo llamaría *el efecto inconsciente, pero temible,* de la complicidad improvisada.

(1) Para evitar posibles equivocaciones, bueno es que nos expliquemos acerca de este punto. Podría decírsenos: Si admiadmitís la complicidad por sólo actos materiales de auxilio y de participación al delito, tendréis que admitirla también en la hipótesis de la complicidad correlativa, puesto que en este caso se trata precisamente de participación en el delito. Pero la objeción se contesta muy pronto. Una cosa es el hecho de un individuo que, por ejemplo, en una manifestación, tira piedras contra una casa mientras otros también las tiran; y otra cosa es el hecho de uno que, viendo, por ejemplo, que Fulano tira una puñalada á Zutano, dirige también contra éste su navaja, ó lo sujeta, ó impide que huya. En este segundo caso, el *solo hecho* de la participación *implica* la complicidad, porque *establece* necesariamente el acuerdo; en el primer caso, el *solo hecho* de la participación *no* implica la complicidad, porque *no establece* el acuerdo. El razonamiento me parece bastante claro para no necesitar ulteriores explicaciones.

Los hechos á que me refiero son aquellos delitos contra las personas, especialmente estupros ó actos de lascivia, que se deciden y se realizan en un momento de ímpetu de bestialidad. Una compañía de jovenzuelos, al encontrar á una joven en un camino solitario ó en campo abierto, la hace víctima de ultrajes al pudor: quizá ninguno de los culpables hubiera sido capaz de ejecutar el delito por sí solo, pero la compañía de los demás lo ha hecho posible. Es un fenómeno que se debe á un revivir instantáneo de los más bajos instintos del hombre, y sobre todo, á la fuerza de sugestión que la presencia y el ejemplo de los demás producen sobre cada uno de los individuos: es un delito en el cual, si falta la premeditación común y el acuerdo se establece fulmíneamente, no por eso es menor la potencialidad criminosa, antes bien, ésta se aumenta por el hecho de la complicidad.

Aquella larga labor pervertidora que se realiza lenta y conscientemente en las asociaciones de malhechores, donde los más perversos concluyen por corromper del todo á los predispuestos al delito, tiene lugar en los casos que ahora nos ocupan de una manera fulminante é inconsciente. El fenómeno psicológico no puede ya parangonarse con el hecho de las manzanas podridas que echan á perder á las sanas, sino más bien con la reacción química que tiene lugar cuando dos ó más sustancias, al ponerse en contacto, se cambian instantáneamente en una sustancia nueva.

Pero, sea que el fenómeno tenga lugar fulminantemente, por *revolución*, ó lentamente, por *evolución*, la causa es siempre y únicamente esta: la sugestión, es decir, la presencia y el ejemplo de los compañeros.

Las pruebas de tales hechos no escasean.

«Una noche, al salir de un baile campestre en Join-

ville-le-Pont, un grupo de quince jovenzuelos se encontró á una tal Mac-Glan en un lugar solitario, cerca de la *villa* Schaker. La golpearon, la echaron en tierra y desahogaron sobre ella su lujuria. He aquí cómo contó la horrible escena la víctima misma, después de haberse curado de sus heridas:—Había unos quince en torno mío. Empezaron por tirarme á tierra, luego me desnudaron y abusaron de mí, uno después de otro. Yo gritaba, y para impedírmelo, me llenaron la boca de tierra... algunos me sostenían por las piernas... Todo esto duró quizá dos horas... Al marcharse, se divirtieron en lastimar todo mi cuerpo con cerillas encendidas... Por fin, me dejaron... Se fueron cantando... Yo estaba completamente desnuda (1).»

Una joven de diez y nueve años encontró á las once de la noche, en el camino que circunda las fortificaciones de París, á tres individuos, los cuales, como llevados de un subitáneo impulso erótico, la privaron del sentido á fuerza de golpes, hasta reducirla á la imposibilidad de resistir. Después de violarla, la abandonaron, cuando ya no daba casi señales de vida (2).

Volviendo seis jovenzuelos un domingo de Santa Ana, donde habían pasado el día, en Saint-Brieuc, se encontraron por el camino á una mujer sola, de edad avanzada. Se precipitaron sobre ella, la desnudaron completamente y la ultrajaron en su honor. La pobre mujer gritaba, por lo cual la amordazaron. Sus gritos fueron oídos por el guardián de una fábrica vecina, el cual acudió á prestar socorro; pero fué á su vez aco-

---

(1) Véase Enrique Fouquier: *Les Mœurs brutales*, en el *Figaro* de 4 de Julio de 1886.—Aubry: *La Contagion du meurtre*. París, Alcan, 1888, pág. 160.

(2) V. Aubry, ob. cit. pág. 161.

metido por aquella banda de salvajes, y cayó herido y sin sentido. La mujer fué llevada deprisa al hospital en gravísimo estado (1).

Una joven de trece años fué cierto día acometida en el camino de Beauvais por dos individuos que querían detenerla. La muchacha echó á correr. Los dos miserables la siguieron, la alcanzaron, la arrojaron á tierra, tomaron las tijeras que ella misma llevaba, y le sacaron los ojos. Después, á pesar de los desesperados gritos de la víctima, aquellas bestias desahogaron sobre el mísero cuerpo su lujuria y pusieron á la pobre muchacha en tal estado, que el día siguiente murió, en medio de los más atroces dolores (2).

Indudablemente, en todos estos hechos, y en muchos otros semejantes que podríamos citar, la causa, no ciertamente única, pero sí muy importante, que condujo á los autores de los delitos hasta los más crueles y más atroces extremos, fué el simple *hecho* de encontrarse acompañados en lugar de verse solos. Es probable que si uno de aquellos individuos se hubiese encontrado *solo*, no se habría atrevido á hacer lo que sí se atrevió á hacer juntamente con los demás.

No pretendemos con esto negar el factor antropológico en el delito: lo que únicamente pretendemos es atribuir su verdadero valor al factor social. Sin duda, ningún hombre verdaderamente honrado, aunque se hubiese visto rodeado de malvados y hubiese sido sugestionado por el ambiente, habría llegado allí donde llegaron los autores de los hechos narrados (3); pero

---

(1) V. Aubry, ob. cit., *loc. cit.*

(2) P. Moreau de Tours: *Des aberrations du sens génésique*, página 270.

(3) Sin insistir sobre esta aserción, en otro sitio desarrollada y confirmada con pruebas, me limito á recordar la frase exacta

tampoco hay duda de que aquellos individuos más ó menos predispuestos al delito se habrían portado de diferente manera, si, en lugar de estar en compañía, se hubieran encontrado solos delante de las futuras y posibles víctimas de sus atentados.

La prueba de lo que afirmo se aduce fácilmente.

No hay nadie que en su vida de joven no recuerde algún hecho que venga en apoyo de esta verdad sacrosanta: *la unión de los individuos los empeora moralmente á todos* (1).

Si se trata de un grupo de jovenzuelos honrados y de temperamento tranquilo, no tendremos que deplorar más que alguna broma más ó menos aventurada y ofensiva, pero que nunca traspasa los límites del Código penal.

Si se trata de otro grupo de jóvenes de temperamento más impetuoso y atrevido (á veces basta con que uno lo tenga), la broma brutal degenerará en cruel ofensa y quizá en delito.

---

de Féré, el cual decía que «en los casos de delitos ó de locuras colectivas, no hay que dejarse engañar por la importancia del hecho que á primera vista parece haber sido su causa; mirando atentamente, se llega á menudo á observar que solamente los individuos predispuestos son los que han sido atacados.» *Dégénerescence et criminalité,* cap. VI.

(1) El principio según el cual el producto del agregado es siempre peor de lo que lo son los componentes (principio del que me parece haber dabo las pruebas en el libro *La Muchedumbre delincuente*, y que más atrás he recordado) ha sido completamente aceptado, entre otros, por Tarde, el cual, en su breve opúsculo *Les Crimes des foules* (Lyon. Storck. 1892), le atribuye un valor biológicamente importantísimo. Traduzco sus palabras: «Señalo la importancia inexperada de que es susceptible este principio, si se le extiende fuera de la humanidad. Sabemos que los organismos han sido considerados, con razón, como sociedades de células, y también sabemos que en las mismas células han podido verse sociedades de moléculas... Ahora, supongamos que

Yo recuerdo que, en una noche de carnaval, unos pocos amigos, todos caballeros, quizá un poco exaltados por el vino, realizaron por sugestión un acto del cual se arrepintieron amargamente la siguiente mañana. Habiendo encontrado abierta una iglesia, se divirtieron en tirar al blanco, desde la puerta, con piedras, al altar mayor, sobre el cual se hallaba un crucifijo. Acto de intolerancia violenta y estúpida, que ninguno de los culpables por sí solo habría seguramente cometido, y que tuvo lugar por efecto de aquella desconocida fuerza corruptora que se anida en el hecho de hallarse reunidos varios individuos en lugar de ser uno solo.

¿Quién no sabe, además, cuán feroces se vuelven los niños y los muchachos cuando se encuentran reunidos? ¿Quién no recuerda haber visto un perro ó un gato victima de esta *colectiva delincuencia infantil* (1)?

En los delitos contra la vida y contra el pudor, la

---

aquel principio se aplique á estas sociedades biológicas ó químicas, es decir, que también en estas sociedades el agregado no sea superior á sus elementos, antes bien, sea inferior, ó todo lo más igual; en este caso, vemos que el universo entero se nos presenta bajo un aspecto nuevo, y á los progresos del microscopio, no á los del telescopio, es á los que deberemos pedir la revelación de las mayores maravillas del mundo. Por lo demás, acaso por un injustificado prejuicio, es por lo que el *yo del átomo* ha sido siempre considerado como más simple, más pobre y más bajo que el *yo* animal ó humano. Quizá en el fondo oculto de los seres vivientes, en sus intimidades elementales, se despliega invisiblemente mucha más inteligencia y más arte que la que se despliega en la superficie... Pero detengámonos en estas conjeturas; aunque, por poco sólidas que sean, siempre lo serán tanto cuanto los juicios vulgares é irracionales á los que se oponen.»

(1) Véase sobre la delincuencia infantil á Lombroso: *Uomo delinquente*, vol. I, y sobre la delincuencia infantil colectiva Cuénoud: *La criminalité à Genéve au XIX*e *siècle*, Ginebra, Georg, 1891.

sugestión es todavía más fuerte (1). El tránsito de lo lícito á lo ilícito, de lo inmoral á lo delictuoso, es pronto é inmediato. La pendiente que se desciende tiene una inclinación grandísima.

Es difícil que ciertas orgías, en las cuales se desahoga nuestra animalidad, aunque volviéndose á esconder rápidamente en el fondo de donde ha salido, las verifique uno solo. Sería preciso para ello ser un nuevo marqués de Sade. Mas en compañía se olvida fácilmente el respeto que se debe uno á sí mismo, y no se avergüenza uno de mostrarse bestial por un momento.

Cuenta Estoile que Carlos IX paseaba de noche por las calles de la capital acompañado de sus cortesanos, y la compañía alegre y depravada que llevaba detenía á veces á las prostitutas que encontraba para quemarles el vello de las partes genitales con las luces que llevaban los criados: «et l'on rigolait fort—añade Es-

(1) Sabido es que los actos de lascivia son, de entre todos, los que ejercen la más irresistible de las sugestiones, el contagio más inmediato. Después de ellos vienen, por una siniestra y fatal prerrogativa, los actos crueles, los hechos de sangre. Y es un fenómeno extraño y aun más grave, el de que los unos provocan los otros y viceversa. La crueldad hace nacer la lascivia, y la lascivia la crueldad: una y otra se igualan, dando á los individuos que experimentan estas funestas pasiones los mismos placeres. (Véase á este propósito á Lombroso: *Delitti di libidine e di amore*, en el *Arch. di psich.*, vol. IV.) Parini, el cual de las matronas romanas, ébrias con la sangre del circo, cantó:

«Cosi poi che dagli animi
Ogni pudor disciolse,
Vigor dalla libidine
La crudeltà raccolse»,

describía con intuición de poeta aquella unión de la ferocidad con la lascivia, de la cual hemos dado ejemplos bien trágicos en el curso de este capítulo. Véase también Tebaldi: *Ragione e pazzia*, Milán, 1887.

toile—suivant l'expression des pantards routouriers d'aujourd'hui» (1).

¿Creéis que Carlos IX se habría atrevido, y sobre todo habría podido y sabido hacer él *solo* lo que hacía sugestionado por su compañía?

También se cuenta que lord Castelhaven, después del banquete de bodas, prostituyó á la fuerza y en presencia suya á su joven mujer, entregándosela á sus compañeros de vicios y á sus criados.

Son excesos de criminalidad impulsiva, cuya causa está siempre en la sugestión fulminante y á veces en los misterios de lo inconsciente.

La patología puede no explicar, pero sí aclarar el extraño fenómeno, recordándonos la que los técnicos llaman *acción de presencia*, y que tan poco observada es en el campo normal. «La sola presencia de uno de nuestros semejantes, escribe Tarde (2), basta para producir en nosotros un ligero aumento de nuestra fuerza de emoción y de voluntad, del propio modo que la vista de la luz aumenta ligeramente nuestra fuerza muscular. Nosotros no tenemos conciencia ni de esta acción física ni de aquella acción psicológica, y así como ha sido necesario el empleo del dinamómetro para que Féré nos haya revelado la primera, así también, para comprender bien la segunda, es necesario utilizar las observaciones experimentales hechas sobre los enajenados. El doctor Régis expone, en un opúsculo (3), la siguiente observación: «Un enfermo se halla afecto de la locura de la duda, ó, para

(1) Corre: *Les Criminels*, París, Doin, pág. 167, nota.
(2) Tarde: *Etudes pénales et sociales*, Lyon, Storck, 1892, páginas 297-298.
(3) Régis: *Les Neurasthénies psychiques*.

hablar más exactamente, de la locura de la indecisión: no obstante todos sus esfuerzos de voluntad, no puede decidirse á abrir una puerta, ni á abotonarse el vestido. *Estando solo*, le es imposible hacerlo; pero si alguno viene, en cualquier momento, la obsesión cesa, el enfermo abre la puerta, ó se abotona, pues es sabido—añade Régis—que estos enfermos encuentran en la presencia de los extraños un apoyo moral, es decir, la fuerza de voluntad de que carecen cuando están solos. Esta *acción de presencia*, que se revela aquí de una manera evidente, no es menos evidente en la vida ordinaria, no obstante pasar inadvertida.»

Transportemos este fenómeno al campo criminal; recordemos que la unión de los individuos aumenta el valor de cada uno de éstos, y además del valor, aumenta la tendencia criminosa latente en todo individuo; añadamos que los actos de lujuria y de sangre son los que tienen un poder mayor y más inmediato de sugestión, y comprenderemos al menos, si no nos los explicamos, les delitos extrañamente feroces debidos á la complicidad improvisada.

V

En vista de las anteriores consideraciones, podría alguien observar que estos delitos se aproximan psicológicamente á los cometidos por una muchedumbre, y, por consiguiente, sostener que á los mismos les son

aplicables las conclusiones jurídicas que hemos deducido con respecto á aquéllos.

La analogía existe innegablemente; es más, este caso es uno de aquellos en que se manifiesta con más fuerza la gran verdad positiva, según la cual no es posible dictar reglas absolutas ni trazar líneas precisas de demarcación entre la una y la otra especie de de hechos, por cuanto todas ellas se enlazan entre sí, y la diferencia no es más que de grado.

En los casos extremos, la diversidad se muestra clara y evidente, y es, por tanto, fácil construir las dos teorías opuestas. Así, entre una partida de malhechores y una muchedumbre delincuente, todo el mundo ve la diferencia y todo el mundo aprueba el distinto tratamiento jurídico que se les aplica.

Pero á medida que se va descendiendo á los grados intermedios de esta escala, las distancias se hacen cada vez menos sensibles, hasta que se llega á un punto en el que no se sabe si está uno más próximo al fondo ó á la cima.

Por esto es por lo que, si afirmamos resueltamente que la complicidad premeditada debe constituir siempre una circunstancia agravante, no creemos que pueda establecerse de una manera absoluta un principio igual para la complicidad que surge de improviso (1); antes bien, reconocemos que si tal forma de

(1) En efecto, de todos los argumentos que, en nuestro juicio, legitiman nuestra tesis fundamental (esto es, hacer de la complicidad una circunstancia agravante), sólo el argumento aritmético vale, además de para la complicidad premeditada, para la complicidad improvisada. En efecto, el delito cometido de improviso por varias personas no es más peligroso que el delito cometido por una sola sino por ser cometido por más de un individuo en lugar de serlo por uno solo. Las demás razones psicológicas y estadísticas que valen para la complicidad premeditada,

complicidad puede, en algunos casos, aproximarse psicológica, y, por tanto, jurídicamente á los delitos premeditados, puede también asemejarse á los delitos de la muchedumbre y exigir, por lo mismo, un tratamiento análogo á éstos.

¿Es culpa del que estudia y observa el encontrar estas dificultades que impiden ser más precisos? No lo creemos. Los absolutistas de la psicología y de la justicia desconocían estas dificultades, ó las superaban forzándolas: nosotros las reconocemos, y, en vez de resolverlas en abstracto, confesamos que esto no es posible, y creemos que es mejor dejar que se vayan resolviendo caso por caso.

Por lo demás, la ciencia no podrá ser nunca otra cosa que una aproximación; pues su mismo carácter de ser un conjunto de normas generales implica su inexactitud, no habiendo en el mundo dos hojas de árbol iguales, ni, con mayor razón, dos fenómenos psicológicos idénticos.

Tocante á nuestro caso, preciso es reconocer que los hechos de complicidad improvisada de que nos hemos ocupado, mientras conservan algunos de los caracteres propios de la complicidad premeditada, revisten también algunos que son propios de los delitos instantáneos cometidos en el ímpetu de la muchedumbre.

---

no tienen nada que ver con este caso. Esto, en tesis general. Cuanto á las excepciones, sea para agravar la responsabilidad, sea para atenuarla, nos remitimos á lo que hemos dicho en el texto y á lo que hemos escrito en los libros *La Muchedumbre delincuente* y *La Delincuencia sectaria*. Aquí sólo recordaremos que algunos Códigos (véase más atrás el cap. I,) distinguen la participación en un delito, previa inteligencia, de la participación sin previo acuerdo, y son más severos con la primera que con la segunda.

Hemos analizado unos y otros, y creemos inútil repetir aquí, ni resumir siquiera, las observaciones ya hechas para ver cómo y hasta qué punto pueden ser aplicables al fenómeno de la complicidad fulminante de que nos hemos ocupado.

Puede suceder que este fenómeno deba alguna vez ser juzgado con criterios análogos (no iguales) á aquellos con que se debe juzgar á una multitud que delinque; pues, en efecto, cuando los cómplices son relativamente numerosos y cuando son verdaderamente víctimas parciales de la sugestión, constituyen una *pequeña muchedumbre*.

Puede también suceder que el mismo fenómeno deba juzgarse con criterios semejantes á aquellos con los cuales se juzga la complicidad premeditada: por ejemplo, cuando los cómplices sean muy pocos en número y en su delito intervenga poco ó nada la sugestión inmediata.

Y es, por tanto, inútil añadir que deberá tomarse también en cuenta la temibilidad de cada uno de los partícipes, es decir, el factor antropológico que cada uno llevó al delito.

No podemos ni queremos decir más de lo que queda dicho, pues es contrario á nuestro método decidir *a priori*, y creemos que el deber del que escribe es, no ya dar las soluciones precisas de los posibles problemas de responsabilidad jurídica, sino más bien ofrecer los medios para poder resolverlos bien en cada uno de los casos especiales.

CONCLUSIÓN

He empezado este trabajo proponiéndome demostrar que el hecho de la complicidad debía constituir siempre una circunstancia agravante.

¿He logrado mi propósito? Abrigo la esperanza de que el lector que haya tenido la bondad de seguirme hasta este punto puede contestar afirmativamente.

Las razones en que se apoya mi opinión, y que han sido desarrolladas en los capítulos anteriores, pueden resumirse brevemente de esta manera:

1. Ante todo, la lógica más elemental nos enseña que si el legislador se ha apercibido del peligro que presentan las numerosas asociaciones de delincuentes y las ha comprendido en los códigos penales, debe hacer otro tanto, aunque en proporciones, claro está, distintas, por lo que se refiere á las asociaciones menos numerosas; por cuanto el daño y la alarma que vió en el primer caso es menor en el segundo, pero no desaparece del todo. No es solamente la planta alta y visible de la gran criminalidad la que hay que destruir, si se quiere dejar libre y expedito el camino á las actividades honradas y normales del hombre, sino también, y sobre todo, la maleza de arbustos y en-

redaderas que forma la pequeña criminalidad. La escuela positiva sabe (y lo ha proclamado muchas veces, para que haya necesidad de insistir aquí en ello) que hay que confiar sobre todo en los medios preventivos; pero no es esto decir que los medios represivos hayan de quedar inertes y neutrales. Lo mismo en las enfermedades del individuo que en las del cuerpo social, llega un momento en que el higienista debe dejar obrar al cirujano.

2. En segundo lugar, la evolución histórica que ha seguido la complicidad nos enseña que las dos teorías opuestas y unilaterales que hemos visto desarrollarse acerca de esta institución, deben ser hoy reemplazadas por una tercera que tome de la una y de la otra lo que tengan de bueno. Debe, en efecto, tomar de la teoría romana de la equiparación el principio de que los delincuentes, justamente por hallarse unidos en el delito, lo estén también, bajo cierto respecto, en la pena. Y debe tomar de la teoría moderna (despojándola de todas las arbitrariedades objetivas y encauzándola por caminos subjetivos y psicológicos) el principio de que todo asociado, además de una pena común á los demás partícipes, debe sufrir una personal, proporcionada á su temibilidad.

3. En tercer lugar, las cifras de la estadística nos han demostrado que el fenómeno de la complicidad es específico de los delincuentes más temibles, es decir, de los ladrones-asesinos y de los ladrones. Lo que demuestra la justicia y la necesidad de agravar para ellos la pena.

4. Por fin, las observaciones de psicología criminal, mostrando que los delincuentes que más facilmente se asocian son los delincuentes natos y los habituales y poniendo en claro cómo de la unión de va-

rios delincuentes se obtiene una fuerza criminosa mayor de la que resultaría sumando simplemente las particulares energías de cada uno de los delincuentes, ha venido á ofrecernos un último argumento en favor de la tesis que defendemos (1).

(1) Un solo argumento, ó, por mejor decir, un solo pretendido argumento he encontrado, basándose en el cual, se querría sostener que, bajo un aspecto al menos, el delito cometido por varias personas es menos grave que el delito cometido por una sola.

El argumento es éste: Cuando los cómplices han sido muchos, es más fácil la delación, y por consecuencia, el descubrimiento del delito. Lo cual es cierto. Prescindiendo de la imprevisión común á muchos delincuentes, es indudable que los casos en los cuales los criminales hacen traición á sus co-reos son frecuentísimos. Acaso pudiera decirse *a priori* que es más fácil para la policía el descubrir á los autores de los delitos cometidos por varios individuos que á los de los cometidos por uno solo. ¿Pero qué importa esto?

«El descubrimiento del delito, escribe Pelegrín Rossi (obra citada, II, pág. 190), se hace, es verdad, más fácil cuando no es una sola persona quien lo ha proyectado y ejecutado. Pero, ¿debe por eso decirse que conviene favorecer la multiplicación de los delincuentes? No teniendo en cuenta más que razones de utilidad, ¿donde estaría la ventaja de ello? Favoreced esta clase de complicidad, y llegaréis más fácilmente al descubrimiento de algunos delitos y de sus autores; pero ¿cuántos delitos quedarán sin ejecutarse si los que los han proyectado no encuentran ejecutores, ó si el autor del proyecto sabe que no le aprovechará de nada el buscar un cómplice, y que sin ventaja alguna va á correr el riesgo de ser traicionado?»

Al lado de estas excelentes palabras de Rossi, debemos colocar las de Glaser, el cual sintetizaba de este modo la opinión expresada por aquél. «La sociedad tiene mayor interés en que no se cometan delitos que en castigar á un delincuente.» (*Kleine Schriften.*) Y yo añadiré por mi parte que no comprendo por qué la mayor facilidad en el descubrimiento de los delitos cometidos por delincuentes asociados haya de ser una razón que legitime la menor severidad de pena para con los autores. Será una fortuna para la policía; ¡pero habría de ser curioso que fuera también una fortuna para los delincuentes!

La cual tesis, á decir verdad, había sido embrionariamente, y casi por incidencia, entrevista por los mismos criminalistas clásicos.

Al tratar éstos de la complicidad, parece que quieren hacer completa abstracción del hecho de encontrarse frente á un delito cometido por varios individuos, puesto que el único problema que se ponen es el de graduar la pena por la parte que cada culpable ha tomado en el delito; pero, en cambio, ellos mismos reconocen después que el hecho más importante en la complicidad es el vínculo que une en un único fin á todos los co-delincuentes, y que tal hecho debe constituir el primer elemento para graduar la responsabilidad individual de cada uno.

Así, Pessina escribe: «Hay una primera medida de la punibilidad de los co-delincuentes, que es el delito común á todos y que es efecto de la obra prestada por todos ellos: esta medida podría llamarse el común denominador (1).»

Y Puglia: «El principio racional que debe servir de fundamento á la teoría de la complicidad es que el concurso al delito, en su verdadera significación jurídica, no es una participación al delito ajeno, en el sentido de ser exclusivamente propio de una ó de alguna de las personas que han intervenido; pues las personas que concurren á un delito no son más que otras tantas personas que converjen á un resultado, y por consecuencia, el delito es propio de todos los que tomaron parte en él, de cualquiera manera que haya sido.»

Estas afirmaciones demuestran que se ha entrevisto el hecho de existir una solidaridad entre los varios

(1) Pessina: *Elementi di diritto penale*, tomo II, pág. 50.

partícipes de un delito, la cual solidaridad debe reflejarse también en la reacción social que la ley impone á dichos partícipes.

Mas no es sólo el reconocimiento de esta solidaridad lo que encontramos en los criminalistas, sino también el reconocimiento del peligro que proviene de la misma y de la consiguiente necesidad de proveer á él con una enérgica defensa social.

En efecto, Rossi (1) y Benoît-Champy (2) escriben que «la complicidad es una verdadera asociación para el delito», y Carrara afirma aún más explícitamente que «cuando la imputación de un delito recae sobre muchos individuos, aumenta la gravedad política del delito mismo» (3). De un modo análogo decía Zuppetta que «el numeroso concurso de culpables en un delito influye á veces como circunstancia agravante» (4); y Pessina, que «nada sería más peligroso para el orden social que la agresión al mismo por obra, no de un solo individuo, sino de la asociación de las fuerzas individuales, puesto que la unión constituye la fuerza, tanto para el bien como para el mal» (5).

Pero estas indicaciones de la teoría que nosotros sostenemos han sido letra muerta para aquellos mismos que las expusieron, y pueden considerarse como relámpagos fugaces que brillaron por un instante, sin dejar el menor rastro detrás de sí.

Solamente un jurista, Niccolini, ha mostrado el intento de dar una aplicación práctica al concepto, según

(1) Ob. cit., pág. 183.

(2) *Essai sur la complicité*, París, 1861, pág. 33.

(3) Carrara: *Studi sul conato e sulla complicità*, § 246.

(4) Zuppetta: *Corso completo di legislazione penale comparata*, pág. 505.

(5) Pessina, ob. cit.

el cual el numeroso concurso de delincuentes en un delito influye como circunstancia agravante; puesto que, al clasificar, en sus *Questioni di diritto*, los delitos de sangre en siete categorías, las cuales van desde la mínima á la máxima imputación, colocó en la última clase, esto es, en la más grave, el delito de sangre cometido por varias personas: indicando con esto claramente que la pluralidad de delincuentes en el delito aumenta el peligro y el daño de éste (1).

Además de los escritores (y por fortuna los menos platónicos), la necesidad de aumentar la pena de un delito, cuando éste es cometido por varias personas, la han sentido en algunos casos los mismos legisladores.

En efecto, el art. 381 del Código francés dispone que, si en un robo concurren cinco determinadas circunstancias, los autores del mismo sean castigados con la pena de trabajos forzados de por vida, y una de estas circunstancias es que el robo sea cometido por dos ó más personas.

El art. 610, núm. 2.° del Código sardo de 1859 dispone que el robo es calificado, y se castiga con la reclusión, cuando ha sido cometido por dos ó más personas reunidas, provistas todas ellas ó alguna de armas visibles ó escondidas.

El art. 404, núm. 8.° del nuevo Código penal italiano dispone que la pena de la reclusión, que es de tres días á tres años para el hurto simple, sea de uno á seis años en el caso en que el hurto sea cometido por tres ó más personas reunidas.

El art. 334 del mismo Código dispone que las penas

(1) Niccolini: *Questioni di diritto*, Liorna, 1853.—*Del tentativo e della complicità nei reati*, pág. 623.

por el estupro y por los actos de lascivia se aumenten en un tercio cuando el delito sea cometido por dos ó más personas.

El art. 230 del mismo Código dispone que, cuando la evasión sea cometida con armas, ó el hecho tenga lugar en reunión de tres ó más personas, previo acuerdo, las penas establecidas se aumenten en un tercio.

Estos artículos son la prueba más eficaz de la verdad de la idea que nosotros defendemos. Desconocido en teoría el concepto de que la complicidad, independientemente de la pena que corresponda á cada participante en el delito, debe constituir una circunstancia agravante, este concepto viene, sin embargo, reconocido en la práctica. Lo cual quiere decir que responde á una imperiosa exigencia de la defensa social.

Por tanto, al sostenerlo así, y al pedir que en los Códigos se afirme de un modo explícito y no por excepción, me parece que no sólo enuncio un criterio lógico, por las razones jurídicas y sociológicas brevemente expuestas, sino que además interpreto la tendencia y el deseo latente de muchos escritores (1).

Y es tanto más firme mi convicción en la exactitud de este criterio, cuanto que me parece que con el mismo reacciono contra la ola de inmoralidad, seguramente inconsciente, pero no por eso menos dañosa, que domina en nuestra legislación y en los tribunales. Hoy puede repetirse con Demetz (2) que nuestro sistema represivo se va enervando en un excesivo sentimentalismo hacia los verdaderos malhechores y se va agravando con una severidad igualmente excesiva

(1) La tesis que yo sostengo no ha sido claramente afirmada más que por Ferri, en su *Sociologia criminale*, pág. 577.

(2) Demetz: *Lettres sur le régime pénitentiaire*.

para con los delincuentes menos peligrosos; y bueno es que, contra estos absurdos morales, se aumente la severidad contra los delincuentes asociados, que son los más perversos y los más temibles: es bueno desde el punto de vista de la moralidad, y debe, por lo tanto, ser también justo desde el punto de vista jurídico, porque, según decía Holtzendorff, todo el que trabaje para elevar el sentido moral habrá contribuido inconscientemente á una sana reforma del derecho penal.

APÉNDICE

En el curso de este trabajo hemos tratado siempre nuestro tema bajo un aspecto general y sintético, rehuyendo de propósito las cuestiones secundarias y parciales. Es decir, que hemos seguido un método opuesto al que hasta ahora han seguido los autores, los cuales, descuidando el análisis psicológico y sociologico del fenómeno de la complicidad, habían dirigido toda su atención á las formas singulares del fenómeno mismo.

Ya dimos las razones de esta nuestra conducta al final del segundo capítulo; razones que, por lo demás, resultan claras y evidentes para todo el que quiera leer el índice programa de nuestro trabajo. En vez de estudiar municiosa y áridamente las formas jurídicas abstractas de concurso al delito—como, por ejemplo, el mandato, la instigación, el consejo, la cooperación material, la sociedad criminosa,—estudiamos las formas vivas de la complicidad—como la *pareja criminal*, la *asociación de malhechores*, la *delincuencia sectaria*, la *muchedumbre delincuente*, guiados siempre por el concepto de que no es la acción en sí misma, sino

el hombre que la comete quien debe formar el primero y principal objeto de nuestros estudios.

El esfuerzo analítico que los criminalistas clásicos—entre los cuales descuella Carrara de un modo insuperable—habían dirigido á la entidad metafísica llamada *delito*, lo hemos dirigido nosotros á la realidad viva del *delincuente*, limitándonos á exponer en esta monografía, que es la síntesis jurídica de nuestro trabajo, aquellas pocas ideas generales que nos parecían más confirmadas por los hechos, y que no nos atrevemos á llamar nuevas, pero que por lo menos hasta ahora habían estado abandonadas ó no se habían visto.

Las consecuencias que en la práctica podrán deducirse de estas ideas generales creemos que no han de ser pocas. En este apéndice vamos á indicar algunas que tienen cierta importancia en la materia de complicidad.

CAPÍTULO PRIMERO

La complicidad en los delitos culposos y en las faltas.

«Un principio que ya hoy no puede dar lugar á cuestiones, escribe Augusto Setti (1), es el de la participación en los delitos culposos. Hoy no es difícil comprender que la complicidad puede hacer creer en una connivencia hija de la voluntad, puesto que se admite que también la culpa se origina generalmente en la voluntad. El hecho que ha producido la lesión no querida ni prevista puede implicar el concurso material y moral de varias personas, de un modo principal ó secundario, en un tiempo anterior ó coetáneo al hecho mismo, permitiendo que cada uno responda de la culpa propia y de la propia omisión. Igual que en los hechos dolosos, en los cometidos por falta de atención, por negligencia, impericia, etc., puede haber diversos coagentes ó autores principales, lo mismo que diversos cómplices, puesto que el concurso de una persona,—igual en un hecho lesivo que en uno inocuo, puede manifestarse en excitar, en reforzar la resolución de cometerlo, en dar instrucciones ó suministrar

(1) A. Setti: *Dell' imputabilità*, Turin, Fratelli Bocca, 1892, pág. 122.

medios para ejecutarlo, por fin, en asistir á la ejecución, en facilitarla ó auxiliarla. No puede, por tanto, haber excepción á la regla común: ni la ley establece restricciones en los artículos 63 y siguientes del Código penal, ni los principios generales del derecho consienten que se hagan.»

Yo me maravillo de que el ilustre amigo Setti haya afirmado de un modo tan terminante y categórico una opinión que, no sólo no puede pretender ser infalible, como ninguna opinión, sino que la combaten los más ilustres criminalistas de la misma escuela clásica.

En efecto, si la profesan Trébutien (1), Chauveau y Hélie (2), Berner (3), Garraud (4), Impallomeni (5) y Masini (6), la rechazan Pessina (7) y Carrara (8). Y si se quiere ir más atrás, podría sostenerse que la rechaza también Ulpiano, cuando sentencia: *Nec consilium vel opem ferre sino dolo malo nemo potest* (9).

La carencia de dolo: he aquí, pues, el hecho que, según Ulpiano, y también según mi modesta opinión, hace imposible la existencia de la complicidad en los delitos culposos.

En el periódico *La Cassazione Unica*, dice muy bien á este propósito un autor anónimo: «En los delitos culposos no puede haber complicidad, porque la *contradic-*

(1) Trébutien: *Cours elémentaire de droit criminel*, vol. I, pág. 192.

(2) Chauveau et Hélie: *Théorie du Code penal*, núm. 2659.

(3) Berner: *Lehrbuch*, § 108.

(4) Garraud: *Traité de droit pénal*, tomo II, núm. 238.

(5) Impallomeni: *Il sistema generale delle contravenzioni*, en la *Rivista penale*, vol. XXVIII, fasc. II, 1888.

(6) Masini: *La colpa nel diritto penale*, Pesaro, 1891.

(7) Pessina: *Elementi di diritto penale*, vol. I.

(8) Carrara: *Opuscoli*, vol. I, § 221.

(9) L. 50, Dig., 47, § 8.

ción no lo consiente. En efecto, en los delitos culposos falta la voluntad de delinquir, además de la previsión actual de los efectos de la propia acción: por consecuencia, no puede existir el acuerdo de varias voluntades con el fin de conseguir un efecto delictuoso que ni se quiso ni se previó (1).»

A estas palabras, que á mí me parecen tan claras como la luz del mediodía, se hace una objeción, en apariencia sutil, pero que no es más que especiosa. Se dice lo siguiente:—Cierto es que no puede haber acuerdo sobre el *efecto delictuoso,* que no se ha querido ni previsto, pero puede haber acuerdo sobre el *hecho* que ha producido la lesión no querida ni prevista: este hecho es voluntario y puede implicar el concurso material ó moral de varias personas. Y se cita el consabido caso del cochero que fustiga á los caballos en medio de la multitud, por orden del dueño que va dentro del coche: el homicidio causado por esta imprudencia tendrá, se dice, por autor al cochero y por cómplice al dueño, puesto que entre éste y el cochero *hubo acuerdo* en cuanto al *hecho* de fustigar á los caballos (el uno dió la

(1) Véase *La Cassazione unica*, vol. III, núm. 31, 8 de Junio de 1892; nota á la sentencia de 7 de Abril de 1892 (Presid., Nobile; Ponente, Antonucci; Fiscal, Fiocca) del Tribunal de Casación de Roma, que establecía el principio opuesto.

Giacchetti *(Dei reati e delle pene in generale*, vol. III, Florencia, 1890, pág. 10), cita las siguientes sentencias francesas que sancionan el mismo principio sentado por el Tribunal de Casación de Roma: Tribunal de Casación de París de 8 de Setiembre de 1831 *(Journal du Palais*, 1831-32, pág. 233); Tribunal de apelación de Lyon de 10 de Marzo de 1877 *(Jurisprudence de la Cour d' appel de Lyon* 1877, pág. 82).

Por el contrario, el Tribunal de Bourges, por sentencia de 8 de Marzo de 1821 *(Journal du Palais*, 1820-21, pág. 431), sancionó el principio opuesto, que es el que nosotros sostenemos.

orden, el otro la cumplió), y este hecho ocasionó el homicidio.

Para contestar á esta objeción, basta observar que la culpa, en tanto se incrimina, en cuanto se produce un daño.

Si yo disparo imprudentemente un fusíl más allá de un seto, este acto mio, en tanto se convierte en un delito, en cuanto haya un individuo á quien hiero ó mato.

Por el contrario, en los delitos dolosos, mi solo acto, independientemente de las consecuencias que pudiera producir, constituiría siempre un delito: delito consumado, frustrado ó tentativa, según los casos, pero siempre delito, aun cuando no hubiera tocado un pelo á la persona contra la cual me dirigía.

Ahora, es evidente que si el daño que ha tenido lugar es el *único elemento* que convierte en delito el hecho de la imprudencia, de la negligencia, etc., para que en los delitos culposos pudiera haber complicidad, sería necesario que el acuerdo de las dos voluntades recayese, no sobre la voluntariedad del hecho imprudente, sino sobre la voluntariedad del daño ocasionado. En el cual caso no tendríamos ya culpa, sino dolo (1).

Me parece difícil que pueda ser contestado este argumento, verdaderamente inexpugnable.

Seguramente que los pretendidos participantes de un hecho culposo deberán ser responsables de éste, según los casos; seguramente que, en el ejemplo citado, el dueño del coche que ordenó al cochero, que fustigase á los caballos, será responsable del homicidio culposo, pero no *como cómplice* de su cochero, sino *independientemente*. A este propósito escribe per-

(1) Véase *La Cassazione Unica,* loc. cit.

fectamente Travaglia: «Las teorías sobre el concurso de varias personas en un mismo delito presuponen que las fuerzas del delito son divisibles entre los concurrentes en razón del grado de imputabilidad de cada uno, con la posibilidad de un tratamiento punitivo diferente, tanto por respecto al modo de participación como por respecto á la comunicabilidad ó no comunicabilidad de las circunstancias agravantes personales ó materiales de uno ó de otro partícipe. Esto no puede tener lugar en los delitos cometidos por negligencia, imprudencia, etc., en los cuales la responsabilidad se multiplica integralmente para cada uno de los concurrentes, como si el efecto dañoso se debiera á la acción imprudente ó negligente de cada uno. En otras palabras: en el delito culposo no puede existir jurídicamente un concurso de varias personas, sino la coexistencia de varios hechos de negligencia, imprudencia, etc., cometidos por diferentes personas y que han producido un efecto dañoso único. El daño en estos casos es la consecuencia de varias culpas, alguna inmediata, otras mediatas, todas las cuales tienen existencia jurídica independiente, imputable jurídicamente cada una de ellas á la persona á quien corresponde (1)».

Así, es natural que si, por ejemplo, dos niñeras abandonan en la orilla del mar á los niños que se les han confiado, y estos, cayéndose al agua, se ahogan, cada una de las dos niñeras responderá de homicidio culposo, pero separadamente, no ya como cómplice la una de la otra, según querría Von Buri.

De la misma manera se resuelve, á mi entender, el caso imaginado por Carrara, y que dicen ser intere-

(1) Travaglia, en el prefacio á la obra de Setti, ya citada.

sante. Este caso, que es más bien extraño, es el siguiente, que reproduzco porque á veces conviene sutilizar en las hipótesis más inverosímiles.

Un cocinero encuentra un papel que contiene arsénico: él cree que es sal, pero *por prudencia* se abstiene de usarlo.

Llega un tercero que se ríe de la prudencia y le dice: ¿no ves qué es sal? El cocinero emplea el arsénico; el envenenamiento culposo se consuma.

Tanto el cocinero como el otro, dice Setti (de quien tomo este ejemplo), deben responder de la culpa, el uno como autor material, el otro como instigador, porque ambos fueron imprudentes.

Yo, por el contrario, creo y sostengo, por las razones antes expuestas, que si entrambos deben responder de la culpa, deberán responder *separadamente*, porque no puede haber acuerdo sobre un hecho que ni se quiso ni se previó (1).

(1) He aquí las palabras netas y precisas de Carrara, que, á mi juicio, resuelven la cuestión de un modo que no deja dudas: «¿Cómo es que en la práctica parece que falla á veces el principio según el cual en los hechos culposos no hay complicidad? ¿Se ha equivocado la práctica? ¿Es falso el principio? Ni lo uno ni lo otro. El principio es absolutamente verdadero; y mientras se quiera establecer la acusación bajo el emblema de la complicidad ó concurso, se tropezará forzosamente en este escollo y se caerá, porque no se puede ser cómplice de un hecho que no se ha previsto ni querido. Mas esto no obsta para que el pretendido participante ó cómplice sea tenido en cuenta y se le castigue como autor principal de un hecho subsistente por sí, el cual, considerado individualmente, sea punible como culposo. He aquí en qué sentido pueden ser responsables los pretendidos participantes en el hecho culposo.» (*Opuscoli*, I, § 221.)

Mas para sostener que en los hechos culposos puede haber complicidad, el Tribunal de casación invocó (1), como último argumento, el art. 60 del Código penal.

El argumento, sin embargo, está mal elegido.

Como es sabido, el art. 60 se refiere únicamente á las contravenciones (faltas). Ahora, una cosa es contravención y otra cosa es delito culposo. Para que éste exista, es preciso un daño; para la existencia de aquélla, basta que se infrinja un precepto legal que prohiba hacer una cosa determinada, precisamente para evitar la posibilidad de un daño. En otros términos: el delito culposo puede ser la consecuencia de una contravención, pero no es nunca sólo una contravención. Para volver al consabido ejemplo, si un cochero lleva el carruaje por una calle de un modo peligroso para la seguridad de las personas, se hace reo de la contravención regulada por el art. 482 del Código penal italiano, aun cuando no hiera á nadie; por el contrario, si el coche atropella á un individuo, además de ser reo de contravención, lo es también de un delito culposo.

Y así se comprende que el dueño que ordenó al cochero fustigar á los caballos, *pueda* ser cómplice del cochero en la contravención, puesto que el *acuerdo* entre ellos versó precisamente sobre el hecho imprudente que constituye *por sí solo*, independientemente de cualquiera consecuencia, la contravención; pero debe en cambio responder de un modo *particular, por su propia cuenta*, de las lesiones ó del homicidio culposo, puesto que sobre las consecuencias de aquel he-

(1) En la sentencia ya citada.

cho no hubo acuerdo ni previsión entre dueño y cochero.

Tal es la teoría que me parece pueden aceptar todos, clásicos, eclécticos y positivistas; y de tal teoría resulta lógicamente que si en nuestro Código (el italiano) puede quizá hablarse de complicidad en las contravenciones, no puede hablarse de complicidad en los delitos culposos.

Digo que según nuestro Código puede quizá hablarse de complicidad en las contravenciones, por dos motivos. Ante todo, porque el ministro Zanardelli escribía en la relación: «Lo mismo que en cualquiera otro delito, así también en las contravenciones deben responder todos cuantos hayan incurrido en ellas, según el grado de su participación (1)». Verdaderamente, tales palabras no valen mucho para nosotros, porque no creemos que la interpretación de la ley vaya ligada á la intención del legislador, aunque se halle claramente expresada. La ley debe interpretarse sin consideración alguna á lo que el legislador pretendió hacerla decir, apoyándose únicamente sobre lo que dice (2).

---

(1) § 41.

(2) En efecto, si así no fuere, la ley, en lugar de ser un organismo vivo y elástico, sería un organismo inmóvil y refractario á todo progreso, y la obra utilísima de la jurisprudencia resultaría vana en todos los casos en que el compilador ó compiladores del Código hubieran expresado el significado, la extensión y el alcance que entendían dar á cada artículo. La ficción que va envuelta en la palabra *legislador*, con la cual indicamos la voluntad que creó la ley, tiene la siguiente ventaja: romper para siempre, una vez promulgada la ley, las relaciones entre la misma y sus autores, y hacer que éstos desaparezcan sin tener en lo sucesivo influencia alguna sobre la misma ley, la cual, desde aquel momento, se atribuye á una entidad impersonal é inexistente, á que se da cabalmente el nombre de *legislador*.

Más fuerte es el segundo argumento. El Código, al hablar de *reati* y no de *delitti* en el título II del libro I, donde trata del concurso de varias personas en un delito (*reato*), demuestra de una manera indubitada que quiere admitir la complicidad tanto en los delitos (*delitti*) como en las contravenciones (faltas).

Yo creo, sin embargo, que sería oportuno no hablar de complicidad ni siquiera en las contravenciones, y que en el caso en que de una de éstas debieran responder varias personas, respondiese cada una de ellas separadamente, porque el *pretendido acuerdo* de las dos ó más voluntades sobre el hecho que constituye la contravención no es un *verdadero acuerdo*, sino una *simple coincidencia*, como diré más adelante.

Cuanto al art. 60, invocado fuera de lugar por el Tribunal de casación, bueno es advertir que el mismo, no sólo no prueba, como ya he dicho, la existencia de la complicidad en los delitos culposos, sino que no la demuestra en las contravenciones. En efecto, en dicho articulo se trata de hacer *respoasable*, no *complice*, de la contravención cometida por Fulano á aquel que ejercía sobre este Fulano autoridad, dirección ó vigilancia.

Dice el art. 60 del código penal italiano: «En las contravenciones cometidas por aquel que está sujeto á la autoridad, dirección ó vigilancia de otro, la pena, además de á la persona subordinada, se aplica á la persona revestida de la autoridad ó encargada de la dirección ó vigilancia, si se trata de contravención á disposiciones que la misma estaba obligada á observar y si la contravención podía ser evitada por su diligencia.»

Ahora bien: se puede deplorar que tal artículo establezca idéntica pena para el autor material de la con-

travención y para aquel que ejerce sobre este autor autoridad, dirección ó vigilancia; se puede observar que hubiera sido mucho mejor castigar á este último con pena diferente y únicamente pecuniaria; pero no puede sostenerse que este artículo se refiera á una forma de complicidad, puesto que sería un absurdo enorme el hacer cómplice de una acción de Fulano á su padre ó á su amo, los cuales ni siquiera han tenido noticia de tal acción. En tales casos no sólo falta el *acuerdo*, sino que falta la *pura coincidencia* de dos voluntades sobre un hecho determinado.

Hasta aquí hemos tratado la cuestión sólo desde el punto de vista estrictamente jurídico. Séanos ahora permitido, para continuar nuestra tesis, el considerarla también desde el punto de vista psicológico, sirviéndonos de algunas observaciones hechas en el curso de este trabajo.

En el capítulo IV hemos dicho que en psicología no se dan nunca simples *mezclas*, ó sea aproximaciones inorgánicas de dos ó más cuerpos, sino que sólo se dan siempre *combinaciones*. Es decir, que la acción que resulta del concurso de dos ó más personas no es nunca una *adición*, sino que es siempre un *producto*.

Aplicando esta verdad á las asociaciones de delincuentes, tenemos que, así como una combinación química posee propiedades nuevas y diferentes de aque-

llas que se hallaban encerradas en las sustancias singulares que la componen, así también una sociedad criminosa de dos ó más personas posee elementos que no existen aisladamente en ninguno de los que la componen y que nacen y se separan sólo en el momento en que aquellos delincuentes, al unirse, dan vida á la sociedad.

De esta consideración, unida á muchas otras que aquí es inútil recordar, hemos sacado la consecuencia de que la complicidad, ó sea el hecho de reunirse más de uno en la comisión del delito, debe constituir una circunstancia agravante, porque nos parecía lógico y justo el hacer que correspondiera un *plus* de pena al *plus* de peligro social que, por necesidad intrínseca, ofrece la unión de dos ó más delincuentes.

Ahora bien: esta consecuencia jurídica, que yo he desarrollado más atrás, podrá acaso rechazarse; pero las consideraciones psicológicas en que se apoya no se pueden negar, á mi juicio, y ellas bastan para establecer la enorme diferencia que existe entre la complicidad en los delitos dolosos y la pretendida complicidad en los delitos culposos.

Entre dos ó más reos de un delito doloso existe el propósito común que une el pensamiento del uno al del otro y que da vida á una verdadera sociedad, la cual debe ser considerada como tal; entre dos ó más reos de un delito culposo, este propósito y, por tanto, este vínculo, no existen: entre los coeficientes de aquel delito no se establece ninguna sociedad, y por consiguiente, su responsabilidad debe ser considerada de un modo separado.

Por idénticas razones, no se debería hablar, como ya he dicho, de complicidad en las contravenciones.

Es ilógico decir (para atenernos al ejemplo referido)

que el dueño es cómplice del cochero en la contravención de que habla el art. 482 del Código penal, porque si es verdad que el uno ordenó que se hiciera correr á caballos y el otro los hizo correr, no puede decirse que este hecho implique verdaderamente *un acuerdo* con un fin determinado, sino que sólo demuestra la *coincidencia* de dos voluntades, cada una de las cuales tiene sus especiales motivos y debe ser considerada separadamente.

Con mayor razón es ilógico decir, según la interpretación que algunos dan al art. 60 del Código penal, que Fulano es cómplice de la contravención cometida por su hijo ó por su dependiente; porque, en efecto, ningún acuerdo de ningún género se ha tomado entre ambos para cometer ó dejar de cometer aquella contravención.

En suma, yo creo que sólo se debería hablar de complicidad cuando los pensamientos y las acciones de dos ó más individuos *se funden* para conseguir un fin criminoso (y tal es el caso de los delitos dolosos), pero que es absurdo hablar de complicidad cuando los pensamientos y las acciones de dos individuos no hacen más que *coincidir casualmente* al dar lugar á un delito (y tal es el caso de los delitos culposos y de las contravenciones).

Si esta conclusión la adoptase y aplicase el Código, tendría la ventaja de distinguir netamente las acciones delictuosas dignas de desprecio, de aquellas otras que son más bien desventuras, ó negligencias y desobediencias, que no revelan jamás en sus autores un ánimo perverso.

Solamente en los primeros sería posible la complicidad, no en los segundos.

Pero tales distinciones entre la grande y verdadera

delincuencia y la pequeña y pseudo-delincuencia, distinciones que tanto podrían servir para imprimir en el concepto del público la diferencia entre los honrados y los no honrados, ¿no son quizá sino una de las utopías de nuestra escuela?

Por fortuna, es una verdad antigua la de que las utopías de hoy son las realidades de mañana.

CAPITULO II

La complicidad correlativa.

Esta extraña forma de complicidad, que un ingenioso amigo mío definía acertadamente como «el juego de la lotería aplicado á la justicia penal», está especificada de la siguiente manera en el art. 378 del Código penal (italiano):

«Cuando varias personas tomen parte en la ejecución de alguno de los delitos previstos en los artículos 364, 365, 372 y 373, y no se conozca al autor del homicidio ó de la lesión, todas ellas quedan sometidas á las penas fijadas respectivamente en cada uno de aquéllos, pero disminuidas de un tercio á la mitad, y el *ergástolo* se reemplaza por la reclusión por tiempo no menor de quince años.

»Esta diminución de pena no se aplica al cooperador inmediato del hecho (1).»

Zanardelli justificaba de la siguiente manera la redacción de este artículo:

---

(1) En el proyecto ministerial, este apartado no existía ni se trataba de la hipótesis de la pena del *ergástolo*.

El apartado lo añadió la subcomisión de revisión; la hipótesis de la aplicabilidad de la pena del *ergástolo*, en virtud de las observaciones de las comisiones de la Cámara y del Senado.

«..... Cuando varias personas participan en un homicidio ó en una lesión personal con anterior y manifiesto acuerdo y se conoce quién de entre los varios agresores ha ocasionado la herida por virtud de la cual el agredido muere ó resulta lesionado en su cuerpo, debe responder principalmente el autor del golpe, y los otros responderán como co-reos ó como cómplices, según el grado de su participación criminosa. Pero como á veces puede ocurrir, y precisamente en los casos surgidos de improviso, que no resulte de un acuerdo preestablecido ni se conozca al verdadero autor de la muerte ó de la lesión, para estos casos es necesario determinar cuál sea la responsabilidad de los que han tomado parte en el hecho.

»Para esto sirve precisamente la teoría de la complicidad correlativa, por virtud de la cual se debe, naturalmente, prescindir de la prueba contra uno ó más reos principales que no se conocen, y limitarse á establecer la imputación de cómplices en aquellos que son reconocidos al menos como tales.

»No puede ponerse en duda que todos los que toman parte en el hecho criminoso son culpables, pero se ignora quién sea verdaderamente el ejecutor inmediato de la muerte ó de la lesión; por lo que sería injusto y exorbitante equipararlos en la responsabilidad máxima de los co-reos. *Hay, pues, que renunciar á lo desconocido por lo conocido* y aceptar la impunidad relativa de los reos principales, para conseguir la punición segura de los mismos como reos secundarios, aplicando á todos los que toman parte en el hecho una pena casi correspondiente á la de los cómplices. Lo cual no podría lograrse con las normas y los principios generales acerca de la participación, por ignorarse quién sea el autor principal y cuál la obra par-

ticular de cada uno; por eso es necesaria una disposición expresa para el caso.» *(Relación ministerial*, II, pág. 318.)

Prescindiendo, por ahora, de advertir la desenvoltura con la cual se reproduce en nuestro siglo civilizado la feroz fórmula de Aladino:

> Pur che il reo non si salvi, il giusto pèra
> E l' innocente,

fórmula que tiene su más clara expresión en el artículo 378 del Código penal italiano, detengámonos ante todo á considerar las consecuencias generales que se pueden sacar de la teoría de derecho penal tan hábilmente justificada.

Estas consecuencias son dos. La primera es que este artículo echa por tierra, de un solo golpe, los criterios de justicia y la proporcionalidad de la pena al delito, que los legisladores se han obstinado hasta ahora en sostener como fundamentos del derecho.

En efecto, ¿con qué valor se afirmará de aquí adelante que «al delincuente se le castiga con arreglo al tanto de mal que haya hecho» y que «la pena debe ser una reacción justa y proporcionada al delito cometido», siendo así que con el art. 378 se viene á admitir que en ciertos casos «el delincuente puede ser castigado en *más* ó en *menos* que el tanto de mal que haya hecho» y que «la pena no es proporcionada al delito cometido»?

¡Pobres principios abstractos, cómo caéis muertos á manos de aquellos mismos que os han dado vida! ¡Cuán verdadera y frecuente es, en el campo de la filosofía espiritualista, la fábula de Saturno, que se comía á sus propios hijos!

La segunda de las consecuencias generales que sur-

gen espontáneamente de la teoría de la complicidad correlativa, tal y como la formula el Código italiano, es la evidente tendencia del legislador á castigar á alguno *quand même*, cuando haya tenido lugar un hecho delictuoso. ¿No se puede castigar de un modo justo y exacto? No importa; castíguese. El legislador tiene necesidad de una víctima expiatoria.

Y es que no se osa decir que, puesto que con el artículo 378 no se cometen injusticias desfavorables á los culpables, que la única injusticia que se comete les favorece, y que no pudiéndose descubrir el autor, ni, por lo tanto, castigarlo... ¡se le castiga solamente con la pena de cómplice! Y no se diga, como lo hace Zanardelli en su *Relación*, que «en ciertos casos se trata únicamente de renunciar á lo desconocido por lo conocido», pues precisamente á lo que provee el artículo 378 es á lo *desconocido*, y en perjuicio de los culpables se cometen injusticias.

La prueba de lo que afirmo se puede dar pronto y con facilidad.

Empecemos por observar que la pena con que se conmina á los cómplices correlativos no es pura y simplemente la de la *complicidad no necesaria*, porque tiene un máximo más elevado (1), ni es tampoco la de la *complicidad necesaria*, porque no se puede infligir la misma pena que le correspondería al autor.

Se trata, pues, como dice Impallomeni (2) de una *pena extraordinaria*.

---

(1) En efecto, según el art. 378, la pena de los cómplices correlativos es la que se establece para los autores, disminuida de *un tercio* á la *mitad*, mientras que, según el art. 64, la pena de los cómplices no necesarios es la establecida para los autores, disminuida en la *mitad*.

(2) Impallomeni: *Il Codice penale illustrato*, vol. III, § 676.

¿Por qué una *pena extraordinaria?* Porque con el concepto de una complicidad correlativa se mezcló el de una *transación de prueba*, como se desprende de la siguiente declaración del senador Auriti en la comisión de revisión:

«En sustancia, el artículo que se discute sanciona la teoría de la complicidad correlativa, según la cual, *prescindiendo de toda distinción*, se establece una pena que, atendida la latitud que se deja al juez, puede graduarse entre los varios participantes.» (Verbale XXXI.)

«Esta *extraordinariedad*, escribe Impallomeni (3), cuya utilidad no llegamos á comprender, no puede aceptarse en la esfera de la doctrina, porque la doctrina tiene ya bastante condenadas las transacciones de prueba. Cada uno debe ser castigado ni más ni menos que con arreglo á lo que consta que ha hecho, no con arreglo á lo que es posible que haya hecho; y lo que en el art. 378 se prevé como demostrado, es ni más ni menos que la participación en el hecho con actos de complicidad, por excluirse la hipótesis del autor y la hipótesis del cooperador inmediato. *Por tanto, no debería poder suceder que un cómplice no necesario sea castigado más gravemente que lo sería en el caso en fuese conocido el autor.*»

Ahora, como precisamente esta última hipótesis es la del art. 378, resulta evidente la injusticia en *perjuicio* de los culpables.

Más aún. Las siguientes consideraciones de la comisión del Senado confirman nuestra opinión:

«La lógica de los principios y las necesidades de la

(1) Loc. cit.

práctica obligan á la mayoría de vuestra comisión á aceptar la propuesta ministerial.

»La lógica de los principios, porque, admitido el concepto de la transacción entre lo conocido y lo desconocido, lo mismo que se aplica á la prueba de la cualidad de autor del delito, debe aplicarse á la prueba de la diferente medida en que cada uno de los participantes ha concurrido al delito.

»Las necesidades de la práctica, porque las dificultades que se suponen insuperables para determinar quién sea el autor del hecho, no puede suponerse que sean menores para comprobar la verdadera medida del concurso prestado por todos aquellos que han concurrido á cometerlo (1).»

Estas palabras, si bien es cierto que aceptan la propuesta ministerial, otorgan á la misma una simple victoria de Pirro.

En efecto, tal propuesta es aceptada, no porque responda á los principios de razón, sino en virtud de dos argumentos bastante curiosos. El primero es un silogismo que se apoya sobre la transacción entre lo conocido y lo desconocido. Dice el Senado: «Ya que aplicáis esta transacción á la prueba de la cualidad de autor, debéis también aplicarla á la prueba de la cualidad de cómplice.» Que es lo mismo que decir: puesto que cometéis una injusticia, la lógica os exige que cometáis otra.

El segundo argumento es una confesión de impotencia para conseguir la verdadera medida del concurso prestado. Dice la comisión senatorial: «Si hay una dificultad insuperable para determinar quién sea el autor del hecho, con mayor razón será insuperable

(1) *Relazione della Commisione speciale del Senato*, pág. 244.

la dificultad para comprobar el verdadero grado de participación de varios cómplices.»

En suma, *se legisla sobre lo desconocido, estableciendo una pena que el legislador mismo reconoce* a priori *injusta*. El legislador adopta con respecto á los cómplices correlativos el criterio de justicia que Simón de Monfort empleó con los albigenses. Sólo que, en vez de ordenar, como lo hizo el terrible capitán á sus soldados: «¡matadlos á todos, Dios elegirá á los suyos!», establece, por medio del art. 378, la siguiente inmoralidad, que, aunque es menor, no es sustancialmente distinta: castigadlos á todos, que la justicia (si la hay) elegirá á los suyos.

Después de la crítica de la teoría de la complicidad correlativa, crítica que por haber sido hecha también por otros, nos atrevemos á considerar como exacta y eficaz, se nos presenta espontáneamente la siguiente pregunta: ¿por qué habrá el legislador redactado el *inútil* é *injusto* art. 378?

El por qué es acaso más simple y más mezquino de lo que un estudioso de buena fe podría ingenuamente imaginarse.

Prescindiendo del capricho más ó menos razonable de los compiladores del Código (capricho que muchas veces es la causa principal de ciertas disposiciones legales), la relación ministerial ofrece dos motivos para justificar la redacción de este artículo.

El primer motivo consiste en... los precedentes legislativos. Este es el acostumbrado argumento de erudición, argumento misoneísta por excelencia, en

virtud del cual se debería siempre hacer lo que otros han hecho antes. Es el argumento *alud*, como diría Bentham, pues por medio de él se propone y se sostiene una idea solamente porque ya antes la han propuesto y sostenido, primero Fulano, después Mengano y más tarde Perencejo.

La relación ministerial cita, en efecto, la *sabia jurisprudencia* de las provincias meridionales, formada bajo el imperio de las leyes de 1819 (art. 390), que fué la primera que formuló las normas de aquella complicidad que llamó correlativa *(corrispettiva)* (1). Y cita también el Código español (artículos 420, 435), el Código austriaco (§§ 134, 157) y el del cantón del Tessino (artículos 304, 313), los cuales siguen el mismo sistema.

Nosotros no nos detenemos en estos ejemplos de legislación comparada, muy fáciles de aducir y poco concluyentes (porque si el ser *varios* los que cometen un error puede ser un consuelo, no será nunca una justificación), y pasamos al segundo motivo que aduce la relación ministerial.

Dice la relación que, «ignorándose quién sea el autor principal y cuál la obra particular de cada partícipe, no podría obtenerse la punición segura de los mismos como reos secundarios con sólo las normas y los principios generales relativos á la participación, si no hubiera una disposición expresa que lo determinase (ó sea el art. 378).

De aquí la absoluta necesidad de la redacción de este artículo.

Pero ¿es verdad lo que dice la relación? ¿Es ver-

(1) Esta teoría fué aceptada por vez primera en el proyecto de 1870.

dad que sin el art. 378 no podría castigarse á los cómplices de un delito cuando no se conozca quién es el autor principal del mismo?

A priori podría contestar que no, porque algunos de los miembros de la Cámara reconocieron *inútil* el artículo 378, estimando que «bastaba aplicar al caso en cuestión las reglas generales acerca de la *correidad* y de la complicidad».

Pero, aun sin parapetarnos detras de estas importantes opiniones, ¿dónde está la prueba de que sin el art. 378 no podría castigarse como reos secundarios á los llamados cómplices correlativos cuando se ignore quién es el autor principal?

¿Acaso no puede aplicarse el art. 64 del Código penal sino cuando es *conocido* el autor principal del delito?

No hay disposición legal que asi lo diga, ni ningún intérprete del Código lo ha sabido demostrar (1).

De donde resulta que los llamados cómplices correlativos encontrarían siempre su punición, aun no existiendo el art. 378.

Pues debe notarse que, para aplicar el art. 378, hay

---

(1) Hay tres sentencias del tribunal de casación (12 Diciembre 1890, ponente, Miraglia; 1.° de Abril 1891, ponente, Cocchia; 25 Mayo 1891, ponente, Miraglia, en el *Monitore dei Tribunali*, año 1891, páginas 156, 556 y 765), las cuales afirman que la *complicidad ordinaria* es aquella en la cual es seguro que otro, conocido ó desconocido, es el autor del delito, mientras que la *complicidad correlativa* es aquella en la cual «*no se sabe* quién es el autor.» Estas afirmaciones no van, sin embargo, acompañadas de demostración, y mientras esta demostración no se haga, yo seguiré creyendo que puede aplicarse el art. 64 aun en el caso en que se ignore quién sea el autor, con tal que se pruebe (naturalmente) la existencia de un acto de complicidad.

Sobre esta cuestión, véase más adelante, en la *Polémica*, la contestación á Fiocca.

que *demostrar* que las personas imputadas *han tomado parte en la ejecución* del delito, esto es, hay que demostrar que ha existido un acto de complicidad.

Ahora, cuando se demuestre la existencia de este acto de complicidad, como el mismo entra necesariamente en una de las hipótesis del art. 64, claro está que será inevitable la punición de los culpables con arreglo á este artículo, sin ninguna necesidad del 378.

El reo principal será castigado también como *cómplice;* pero esto será una necesidad, por cuanto con respecto á él no se ha conseguido más prueba que la de la cooperación secundaria. Y los cómplices, en vez de ser castigados con una pena *extraordinaria*, lo serán con la pena *ordinaria* sancionada por el legislador para las varias hipótesis del concurso al delito (1).

Con ello ganará la lógica, y, sobre todo, la dignidad del legislador. Digo «la dignidad», porque aun sabiendo cuán frecuentes son los casos en que la justicia debe contentarse con el *poco más ó menos*, y no siendo improbables aquellos otros en que debe dar golpe ciego, es impolítico é inútil afirmar estas dolorosas verdades en un artículo del Código, y con él, más que afirmarlas, legitimarlas.

Acontece, por desgracia, y acontecerá siempre, que á ciertos autores se les castigue como cómplices y que á los simples cómplices se les castigue con penas exorbitantes ó demasiado leves. Estos errores,

(1) Es de notar que la comisión del Senado, haciéndose eco de la propuesta de la Cámara, había pedido que la pena de los cómplices correlativos «fuese rectificada de conformidad con la fijada por el art. 64». De esta manera venía á evitarse la injusticia de la *pena extraordinaria*, pero entonces el art. 378 resultaba inútil, porque desde el punto de vista de las consecuencias penales, lo mismo daba aplicar á un hecho de complicidad correlativa este artículo que el art. 64.

que por lo demás son fatales, se cometen, ó por imposibilidad de conseguir la prueba, ó por impericia del juez, ó también por poco felices disposiciones de ley. ¡Pero no hagáis que á la culpa negativa de la ley se añada una culpa positiva, y que sea aquella misma la que proclama abiertamente las injusticias!

Y ahora, después de haberme ocupado del art. 378 desde un punto de vista exclusivamente jurídico, séame permitida una observación de psicología positiva.

En el hecho previsto por el art. 378, el Código no distingue si el hecho mismo sea repentino ó premeditado. Error común éste, como ya he dicho, á todas las disposiciones del Código relativas á los delitos cometidos por varias personas.

La diferencia entre la complicidad premeditada y la improvisada es á veces grandísima, y siempre digna de ser notada; y las razones (fáciles ó intuitivas) de esta diferencia las he indicado varias veces en el curso de este trabajo, para que haya necesidad de repetirlas aquí.

Ahora me propongo tan sólo indicar otra diferencia más sutil, y que justamente por eso, ha pasado quizá desapercibida para los cultivadores del derecho penal.

En los hechos *imprevistos, repentinos*, realizados por varias personas, no siempre puede hablarse de *complicidad*. No porque algunos individuos *tomen parte* en un delito ha de decirse que sean *necesariamente cómplices*. Serán siempre *responsables* todos, si todos han tomado parte en el hecho, pero no serán siempre todos *cómplices*.

Lo que verdaderamente constituye la complicidad es el *acuerdo* entre las voluntades particulares de varios individuos, la *fusión* de sus intenciones. Ahora bien: este *acuerdo* no es necesario que sea siempre anterior al delito: puede nacer aún en los delitos de ímpetu: para establecer la complicidad, basta con una palabra, y á veces, con un simple acto. Si Fulano tira un golpe de improviso á Zutano, que lo ha provocado, y Perencejo, que está con él, lo ayuda también para el homicidio, teniendo á la víctima ó hiriéndola también él, es evidente que el *solo acto* de Perencejo lo *crea* y lo *afirma* cómplice de Fulano. Las dos voluntades, como las dos acciones, se han fundido en un instante, y el delito es el resultado de su asociación improvisada.

Pero puede también ocurrir que varias personas *tomen parte* en un hecho, sin que entre ellas haya intervenido ningun *acuerdo*, premeditado ni repentino. Supóngase el ejemplo más comun, el de unas lesiones ó un homicidio ocurrido en una manifestación pública. Varios individuos tiran piedras contra una casa: una persona queda herida ó muerta: no se sabe quién la ha herido ó matado, pero se sabe que las piedras las tiraron tres, cuatro, diez personas.

Segun el Código, esta sería la hipótesis de la complicidad correlativa. Pero ¿dónde está la complicidad, es decir, el acuerdo, si estas personas vinieron por distintas calles, sin conocerse, y tiraron las piedras acaso movidas todas ellas por un fin análogo (acaso también, y con más probalidad, por un fin distinto), pero sin comunicárselo, sin saber la una de la otra, sin apercibirse de ser solidarias y de realizar una acción idéntica?

En tales casos, no debería hablarse de *complicidad*, sino de *responsabilidad correlativa*, y para tales casos

sería verdaderamente útil la creación de un artículo especial de ley, porque quedan fuera de las acostumbradas hipótesis de la complicidad (1).

Esto, más que util, sería necesario, si se aceptara nuestra idea de convertir la complicidad en una circunstacia agravante, pues entonces se diferenciaria con mayor razón la *responsabilidad correlativa*, de la *complicidad*, dado que muchas veces constituye una atenuante, en lugar de una agravante.

No insistimos sobre esta opinión, que se apoya sobre observaciones psicológicas ampliamente desarrolladas en otro trabajo.

Nos basta con haber hecho notar que el art. 378, tal y como hoy se halla, es *injusto* é *inútil*, y que el legislador, en vez de preocuparse de la *complicidad correlativa*, sin distinguir entre premeditada é instantanea, habría debido preocuparse por medio de una especial disposición de ley, de la *responsabilidad correlativa*, la cual es verdaderamente una forma de participación en el delito, que está aún esperando el ser sabiamente regulada en el Código.

---

(1) En efecto, en el caso antes imaginado de *responsabilidad correlativa*, sería difícil, ó mejor imposible, aplicar alguna de las tres hipótesis de que se ocupa el art. 64. Los que tiraron las piedras no puede decirse que hayan, ni «excitado ó reforzado la resolución de cometer el delito, ni prometido asistencia ó ayuda para después, ni dado instrucciones ó suministrado medios, ni facilitado la ejecución prestando asistencia ó auxilio antes ó durante el hecho.» Es, pues, necesario crear un artículo especial de ley para los mismos.

POLÉMICA

El capítulo que precede fué publicado en el número 17-18 (año III) de la revista *La Scuola positiva.* El Sr. D. Antonio Fiocca, fiscal de S. M. en el Tribunal de casación de Roma, lo criticó duramente en un artículo publicado en el núm. 5 (volumen V) de la *Cassazione Unica.* Yo le contesté en un artículo publicado en el núm. 9 de la misma revista.

Me parece útil reproducir por entero esta polémica.

Sobre la complicidad correlativa.

Este instituto jurídico penal trae su origen de una jurisprudencia de las provincias meridionales, que el honorable Zanardelli llamó *sabia* en su docta relación, pero que no le ha parecido tal al egregio Sighele, el cual, en un estudio publicado en la *Scuola Positiva* (año III, núm. 17-18) ha censurado de un modo más bien acerbo referida institución, tachándola de *injusta* y de *inútil.*

Para demostrar su tesis, comienza observando que

dicho instituto, tal y como se halla *formulado en el art. 378* del Código penal, *resucita la feroz fórmula de Aladino :*

«Pur che il reo non si salvi, il giusto pèra.
E l'innocente,»

y emplea— es siempre Sighele el que habla—*el criterio de justicia que empleó Simón de Montfort con los albigenses. Sólo que en vez de ordenar, como el terrible capitán á sus soldados: matadlos á todos, Dios elegirá á los suyos, establece, mediante el art. 378, la siguiente inmoralidad, mucho menor, pero no sustancialmente distinta: castigadlos á todos, que la justicia (si la hay) elegirá á los suyos.*

La fórmula del feroz Aladino y el grito de guerra de Simón de Montfort, tendrían su explicación y podrían excusarse, como frases de efecto, en una peroración ante los jurados, para fines de defensa; pero en un trabajo de crítica objetiva, como se dice hoy, hecha por quien se jacta de pertenecer á la escuela positivista, me lo perdone el egregio escritor, tales frases no tienen significación alguna, al menos para mí, y están recordadas fuera de propósito; pues siendo necesario, en la hipótesis de la complicidad correlativa, que todos los agentes hayan *tomado parte en la ejecución del delito*, claro está que todos ellos son culpables. Por tanto, la inocencia está fuera de peligro y Sighele puede, por este lado, dormir el sueño más tranquilo de este mundo.

Pero, dejando aparte la inocencia, tenemos que ver si el nuevo instituto penal es ó no conforme á los principios del verdadero derecho. Sighele contesta franca y resueltamente que no, porque el instituto, según él, *echa por tierra de un solo golpe los criterios*

de justicia y la proporcionalidad de la pena al delito, que los legisladores se han obstinado hasta ahora en sostener como fundamentos del derecho.

¿Cuáles son las pruebas de ello? Las siguientes:

«Se ha pretendido, dice, que la hipótesis de la complicidad correlativa resulta toda ella en favor de los imputados, en cuanto se les castiga siempre con la menor pena del cómplice y nunca con la del autor principal; pero de hecho no es así, porque la pena con que se conmina á los *cómplices correlativos* no es pura y simplemente la de la complicidad no necesaria, pues que su máximo es más elevado, ni tampoco la de la complicidad necesaria, porque no puede infligirse la misma pena que correspondería al autor. Luego es evidente la *injusticia* (de la pena) en perjuicio de los culpables.»

Esta argumentación demostraría, á lo más, la desproporción, y por consecuencia, la injusticia de la pena establecida en el art. 378, pero no la injusticia de la institución considerada en sí misma. Para poder decir que ésta echa por tierra los *criterios de justicia y los fundamentos del derecho* según la escuela antigua, es preciso demostrar una de estas dos cosas: ó que la operación de los cómplices correlativos es de las que *no merecen pena*, ó que, mereciéndola, no es necesaria la hipótesis ni la pena establecida en el artículo 378. Sighele, agarrándose al segundo extremo de la alternativa, afirma resueltamente que tal necesidad no existe en nuestro caso, porque, para reprimir el hecho de los cómplices correlativos, basta, según él, la disposición del art. 64. «En efecto, escribe, ¿dónde está la prueba de que sin el art. 378 no podrían castigarse como reos secundarios los llamados *cómplices correlativos*, cuando se ignora quién sea el autor

principal? ¿Acaso no puede aplicarse el art. 64 del Código penal sino cuando es conocido el autor principal del delito? No hay disposición alguna de ley que lo diga, ni ningún intérprete del Código lo ha demostrado. Hay, es verdad, añade Sighele en una nota, tres sentencias del Tribunal de casación (12 Dic. 1890, ponente, Miraglia; 1.° Abril, 1891, ponente Cocchia; 25 Mayo, 1891, ponente, Miraglia, en el *Monitore dei Tribunali*, año 1891, páginas 156, 556 y 765) las cuales afirman que la *complicidad ordinaria* es aquélla en la cual no es seguro que otra persona, conocida ó desconocida, sea el autor del delito, mientras que la *complicidad correlativa* es aquella en que no se sabe quién sea el autor. Pero estas *afirmaciones no van acompañadas de demostración*, y mientras que tal demostración no se haga, yo seguiré creyendo que puede aplicarse el art. 64, aun en el caso en que se ignore quién sea el autor, siempre que se demuestre (naturalmente) la existencia de un acto de complicidad. Pues debe notarse, continúa, que para aplicar el artículo 378, hay que demostrar que las personas imputadas *han tomado parte en la ejecución del delito*, es decir, hay que demostrar la existencia de un *acto de complicidad*. Ahora, cuando se demuestre la existencia de este acto de complicidad, como el mismo cae necesariamente dentro de alguna de las hipótesis del artículo 64, será inevitable la punición de los culpables conforme á este artículo, sin necesidad de recurrir al 378. El autor principal será también castigado como cómplice, pero esto será una necesidad, en cuanto no se ha conseguido respecto de él más que la prueba de la cooperación secundaria. Y los cómplices correlativos, en lugar de ser castigados con una pena *extraordinaria*, lo serán con la pena ordinaria sancionada

por el legislador para las varias hipótesis del concurso en el delito.»

De donde resulta que el largo estudio y el gran interés de Niccolini y de otros insignes jurisconsultos por excogitar y dar forma jurídica á la doctrina de la complicidad correlativa no habría servido para otra cosa que para darnos una institución inútil, la cual, por añadidura, destruye y ahuyenta todos los criterios de justicia. Lo peor es que de esta dispersión y destrucción jurídicas, no nos habíamos apercibido ninguno, allá en aquellas provincias, como tampoco se apercibieron todos cuantos pusieron mano en la construcción del nuevo Código penal, cuando se formuló el art. 378. Pero, á fin de que Sighele no nos diga, como se lo ha dicho al legislador italiano, que recurrimos al *argumento misoneísta por excelencia,* como él lo llama, ó argumento *alud,* como diría Bentham, y que yo llamaría, en lenguaje más llano, pero más inteligible por todos, argumento *pecorino,* por virtud del cual uno hace lo que ve hacer á otro, será ante todo oportuno ver qué entendía aquella *sabia jurisprudencia* por complicidad correlativa, con el fin de que el lector pueda juzgar si la institución es ó no útil, justa ó injusta, y si merece ó no las censuras de Sighele.

Cuando Niccolini publicó sus obras, ya estaba formada la jurisprudencia de la complicidad correlativa, en las provincias meridionales; y él contribuyó no poco á formarla. En sus obras no trata *exprofeso* de ella, en cuanto yo sepa, sino incidentalmente, cuando le era necesario para aclarar otras cuestiones. Así, en un comentario á las leyes de procedimiento penal, comentario titulado *Giurisprudenza penale,* hablando del modo como se proponen y deciden las cuestiones en los juicios penales, escribía: «Un hombre es muerto por un

golpe: sólo uno puede ser el autor material de su muerte; los otros no pueden ser más que *participes sceleris,* socios, cómplices en el delito. Y si no está *bien seguro* quién de ellos ha dado el golpe, puede perfectamente decirse que *no consta* el autor material; pero como éste está indudablemente entre los reos nombrados en el documento de acusación, *cada uno de los cuales ha cooperado más ó menos al delito,* pueden muy bien ser declarados *cómplices correlativos;* mas en este caso debe siempre explicarse si la cooperación de cada uno ha sido tal, que sin ella el delito no habría sido cometido. Así, aquel sin cuya obra el delito no habría sido cometido, tendrá la misma pena que tendría si se le hubiese declarado reo principal, y los otros, aquella misma pena en un grado ó dos menos (1).»

He aquí lo que Niccolini, y con él la jurisprudencia de las provincias meridionales, entendía bajo el nombre de cómplices correlativos.

Si en lugar de ejemplos imaginarios, se desease algun ejemplo histórico, podemos satisfacer al lector.

«María Luisa Chiurazzo, jovencilla de buena fama.... no se sabe si vencida por la violencia, ó en un momento de debilidad, quedó en cinta. Mantuvo con todos el secreto del embarazo... Pero el 10 de Noviembre de 1833, acometida en medio del campo por los dolores del parto, apremiada por la necesidad, confió su secreto tan sólo á Berardina Exposito, y auxiliada por ésta dió á luz.... Días días despues... se encontró el cuerpecito de una niña nacida poco antes en un cesto de flores que aquella jovencita cultivaba en su zaguán. Interrogadas las dos mujeres, dijeron de un modo uniforme que la niña había salido muerta del útero ma-

(1) Parte III, § 1097.

terno (1).» Pero la peritación médica aseguró que la niña había nacido viva y que luego había sido estrangulada. Por mano de quién, de la Chiurazzo ó de la Expósito? Los jueces penales de aquel tiempo, encontrándose perplejos sobre este punto, resolvieron la duda con un error juridico, afirmando que ambas mujeres eran *autoras y cómplices correlativamente* del infanticidio.

No le fué dificil á la defensa, y después al ministerio público, representado por Niccolini, poner de relieve el error de la sentencia y obtener la anulación de la misma. *Autor y cómplice correlativo* son dos figuras jurídicas diferentes, que no pueden estar juntas, *porque la contradicción no lo consiente.* Pero la contradicción en que cayeron los jueces de aquel tiempo está ahí para demostrar la perplejidad y la incertidumbre acerca del autor material del delito.

Luego hay casos en que se sabe con certeza que han tomado muchos parte en la ejecución del delito, pero no se sabe con certeza quién sea propiamente el autor material. A estos casos se ha dado el nombre de complicidad correlativa. Luego está *demostrada* con hechos la existencia de esta complicidad. Luego no se trata de meras *afirmaciones no acompañadas de demostración,* como pretende Sighele, sino que se trata de hechos que se ven y se observan, y que por lo mismo no tienen necesidad de ser demostrados con el razonamiento. ¿Tengo yo necesidad de demostrar que estoy ahora en Roma? Al que dudase de ello le diría: abrid los ojos y mirad; y si no veis, es que los ojos no están sanos.

Y en vano intentaréis hacer entrar estos hechos en

(1) Niccolini: *Quest. di diritto*, vol. III, pág. 339.

alguna de las hipótesis de la *complicidad ordinaria*, como cree Sighele que puede hacerse, porque os lo vedaría el carácter diferencial que separa á las dos hipótesis é impide que la figura jurídica de la una se confunda con la de la otra. En efecto, en la complicidad ordinaria se sabe que hay un autor, sea conocido ó desconocido; en la complicidad correlativa este autor es una incógnita. Se sabe, por ejemplo, que muchos querían matar á Ticio y que todos hicieron fuego contra él para este fin, con los fusiles propios. Pero como el golpe mortal fué uno solo, uno es el autor material, el cual se sabe que está entre los agentes, pero no se sabe quién de ellos lo sea. Como se ve, la figura de la complicidad correlativa no es ni la del autor principal ni la del cómplice necesario, sino un *quid medium* que está entre estas dos y la del cómplice no necesario. Es como la Saboya, *quondam* nuestra, que no se sabe decir si está en Francia más bien que en Italia, ó al contrario. En efecto, en el ejemplo aducido, ninguno de los agentes puede decirse autor principal, porque no se sabe de quién ha partido el golpe mortal; pero tampoco puede decirse que ninguno sea cómplice según el art. 64, porque el hacer fuego con ánimo de matar no es acto de auxilio, como debe serlo el del cómplice, sino *acto de ejecución*. Y á quien realiza tales actos, la sabia jurisprudencia de las provincias meridionales le dió el nombre de *cómplices*, porque, como observaba Niccolini, *se auxilian mutuamente y conspiran á un fin* (1), y bajo este aspecto, entran en la categoría de la complicidad; y la misma jurisprudencia añadió la cualidad de *correlativos*, para significar que se trataba de una compli-

(1) Niccolini: *Quest. di dir.*, vol. III, pág. 343.

cidad *sui generis*, diferente de la complicidad ordinaria.

Ahora, si se trata de hipótesis y figuras distintas, ¿cómo es posible decir con Sighele que para castigar á los cómplices correlativos baste con la disposición del art. 64, que habla de la complicidad ordinaria, sin *necesidad alguna* del art. 378?

Y que la figura de la complicidad ordinaria no puede adaptarse á los casos de complicidad correlativa, es una cosa evidente, con sólo considerar un poco la naturaleza jurídica de la primera.

Las varias formas de complicidad ordinaria están todas ellas agrupadas en el art. 64 del Código penal, y cada una de ellas presupone necesariamente un autor principal, en torno del cual se agrupan y giran los cómplices, como satélites alrededor del planeta. Basta con leer dicho artículo para convencerse de ello. En efecto, la primera forma de complicidad, que consiste en *excitar* ó *reforzar la resolución* de cometer un delito, ó en *prometer asistencia ó auxilio después del delito*, presupone necesariamente, por una parte, una persona que excita, refuerza y promete, y por otra, una persona excitada, reforzada ó á la cual se promete: aquélla es el cómplice, ésta el autor principal. La segunda forma, que consiste en *dar instrucciones* ó en *suministrar medios* para la ejecución del delito, presupone necesariamente quien da las instrucciones y suministra los medios, y quien los recibe. La tercera forma, que consiste en *prestar auxilio ó asistencia antes ó durante el hecho*, presupone necesariamente el cómplice que asiste ó auxilia y el autor principal que viene auxiliado ó asistido.

Ahora, si la complicidad ordinaria presupone necesariamente un autor principal, es evidente que cuando

éste no es conocido, falta un requisito esencial de la misma, según la comprende el art. 64, y, por consiguiente, este artículo no es aplicable. Dada esta inaplicabilidad, claro es que quien no desee la impunidad de los culpables, no puede por menos de aceptar la doctrina y la institución de la complicidad correlativa, excogitada por la sabia jurisprudencia de las provincias meridionales. Luego esta institución, en vez de ser inútil, como pretende Sighele, es necesaria; y bien sabe él que *necessitas facit jus.*

Debe notarse, además, que el reproche de inutilidad que Sighele dirige contra la institución de que se trata se funda sobre un supuesto falso, ó sea que *el participar en la ejecución de un delito es un acto de complicidad ordinaria, el cual, por caer dentro de alguna de las hipótesis del art. 64, hace inevitable el castigo de los culpables, sin necesidad del art. 378.*

Pero, ¿es cierto que el *tomar parte en la ejecución* no sea más que un *acto de complicidad ordinaria?* Parece que no.

Hasta ahora, se ha llamado cómplices á los que conscientemente prestan ayuda para la ejecución del delito de alguno de los modos designados en el art. 64 del Código penal. El cómplice, según observa acertadamente un escritor moderno, no participa, como el coautor en el acto constitutivo del delito, sino que asocia sus fuerzas á las del autor para un intento delictuoso común: no roba, sino que quiere y coopera á que otros roben (1). Ahora, si la complicidad implica auxilio, y, por tanto, es obra accesoria, claro está que la misma no puede consistir jamás en actos de ejecución, como afirma Sighele, porque el que realiza

(1) Impallomeni: *Cód. pen. ital.*

actos de ejecución es *autor* ó *coautor*, no cómplice; es parte principal en el maleficio, no parte secundaria. Mas si el tomar parte en la ejecución no es acto de complicidad, se sigue que la ejecución en que toman parte los cómplices correlativos no puede en modo alguno *caer dentro* de ninguna *de las hipótesis* del artículo 64, que es, por tanto, inaplicable, y se hace más manifiesta la necesidad y la justicia del art. 378.

Pero aquí podría replicar Sighele: si el tomar parte en la ejecución de un delito no es acto de complicidad, en ese caso no se hable de complicidad correlativa, porque el nombre no corresponde á la cosa, antes bien, la contradice.

El nombre no se halla en la ley, la cual, en el artículo 378, habla de *los que toman parte en la ejecución* del delito, y expresa la cosa sin definirla. La denominación de complicidad correlativa viene de la jurisprudencia de las provincias meridionales, como más atrás hemos notado, y no parece que contradiga á la cosa que expresa, sino todo lo contrario. Por lo demás, si no agrada este nombre de bautismo que se le ha dado en las provincias meridionales, désele otro más adecuado. Llámese, si se quiere, *responsabilidad correlativa,* como querría Sighele, ó llámese con cualquiera otro nombre: nosotros no haremos cuestión de palabras, siempre que exista la cosa, la cual, como resulta claro, lejos de ser inútil, es necesaria. Y si es necesaria, no puede ser tachada de *inmoralidad,* como lo ha hecho Sighele, porque la *inmoralidad* se da de cachetes con la necesidad.

Si no me engaño, las censuras de Sighele á la institucion de la complicidad correlativa parten de un concepto poco exacto que él tiene de tal institución. Trascribiremos sus palabras: «Lo que constituye ver-

daderamente la complicidad es el *acuerdo* entre las voluntades particulares de varios individuos, la *fusión* de sus intenciones. Este acuerdo puede ser premeditado ó instantáneo. Pero puede ocurrir que varias personas *participen* en un hecho sin que entre ellas haya tenido lugar ningun acuerdo, ni premeditado ni instantáneo. Suponed el ejemplo más común, el de unas lesiones ó un homicidio realizado en una manifestación pública. Algunos individuos tiraron piedras contra una casa: una persona queda herida ó muerta: se ignora quién la haya herido ó muerto, pero se sabe que las las piedras las tiraron tres, cuatro, diez personas. *Esta sería, según el Código, la hipótesis de la complicidad correlativa.* Pero, ¿dónde está la complicidad, esto es, el acuerdo, si estas personas vinieron por calles distintas, sin conocerse, y tiraron las piedras acaso movidas por un fin análogo (acaso también, y con más probabilidad, movidas por fines diferentes), pero sin comunicárselo, sin saber una de otra, sin apercibirse de ser solidarias y de realizar una acción idéntica?

Pero ¿es esta verdaderamente la hipótesis de la complicidad correlativa segun el Código? Sighele lo dice así; nosotros no. Nosotros decimos y repetimos con Niccolini y con la jurisprudencia de las provincias meridionales seguida por el Código: los cómplices correlativos se llaman así *porque se ayudan mutuamente y conspiran á un fin común.* Por tanto, cuando falta la cooperación ó el acuerdo, no puede hablarse de complicidad correlativa. De donde resulta claro que el concepto que Sighele se ha formado de la complicidad correlativa es poco exacto, y por consecuencia, sus observaciones críticas son trabajo en gran parte perdido: en gran parte, digo, porque tienen el mérito incontestable de haber llamado la atención del legisla-

dor sobre hechos de sangre que no pocas veces suelen ocurrir en ciertos movimientos populares, de los que nuestro Manzoni nos ha dado una pintura tan viva en los *Promessi Sposi*, cuando á la llegada de Renzo á Milán «*las calles* y *las plazas* hormigueaban de hombres que, transportados por la indignación, dominados por un pensamiento común, conocidos y extraños, se reunían en corros, en partidas, sin *precedente acuerdo, casi sin apercibirse de ello,* como gotas que corren por el mismo declive».

Averiguar en estas agitaciones quién haya tirado la piedra que hirió la *protuberancia izquierda de la profundidad metafísica* del capitán de justicia que fué á apaciguar el tumulto, es como resolver el problema de la cuadratura del círculo.

De complicidad ordinaria ó correlativa no se puede hablar, porque falta el acuerdo precedente ó instantáneo, y si lo hay, es difícil probarlo. De aquí la necesidad de hacer del mismo una hipótesis especial, no muy desemejante de la de homicidio ó lesiones ocasionadas en riña, y cuyo preciso autor se ignora.

Cuanto á la pena, el Código en vigor no ha seguido, ni podía seguir, la jurisprudencia de las provincias meridionales, donde, siendo el instituto de la complicidad correlativa un producto de la doctrina, no de la ley, no podía castigarse de otro modo que con la pena de los cómplices ordinarios. Pero siendo, por el contrario, en el Código vigente un producto de la ley, la pena debía ser fijada y fué fijada por la ley. Y al fijarla, no se *legisló sobre lo desconocido,* como cree Sighele, sino sobre lo conocido. El elemento conocido en la complicidad correlativa es la *participación* ó cooperación de muchos á la *ejecución* del delito; el desconocido recae sobre el autor material de éste. Ahora, la pena

se funda toda ella sobre el elemento conocido, no sobre el desconocido. En efecto, no es la pena del autor principal, porque éste se ignora. Por consiguiente, no es tampoco la del cómplice necesario. La pena del cómplice no necesario podría resultar con frecuencia inadecuada á la gravedad de la acción, y por tanto, ser ineficaz para la represión del delito. No quedaba, pues, otro camino que establecer una pena *ad hoc*, que es lo mismo que decir *extraordinaria*, con una cierta latitud que consintiera al juez proporcionar la pena á la falta cometida. Esto es lo que ha hecho el Código vigente. ¿Por qué se dice entonces que se ha legislado sobre lo desconocido? Lo desconocido en la complicidad correlativa es tan sólo el autor principal, y sobre este no se ha fundado nada, no ha hecho más que servir de freno al legislador para que no traspasara con la pena el límite que separa al cómplice correlativo de los autores principales y de los cómplices ordinarios. Si esto se llama legislar sobre lo desconocido, mañana, con la misma lógica, se dirá que yo razono sobre lo desconocido sólo porque, al hablar de cosas jurídicas, de que tengo alguna noticia, me abstengo de hablar de astronomía, la cual me es desconocida.

Una censura razonable que podría dirigírsele al legislador italiano es el haber limitado la figura de la complicidad correlativa á los homicidios y lesiones, como lo ha hecho el art. 378, siendo así que se extiende á todos los delitos cometidos por varios individuos y en los cuales no se sepa quién fué el autor. En su consecuencia, la respectiva disposición sería colocada *in capite libri*, entre las reglas referentes al concurso de varias personas en un mismo delito. Pero, salvo este defecto y algún otro que yo no veo, parece que

la complicidad correlativa no merecía las acerbas censuras de Sighele, ni las mortificantes agudezas de aquel *ingenioso amigo* suyo que la definió: «el juego de la lotería aplicado á la justicia penal», y que al definirla así, mostró, perdóneme que lo diga, conocer poco exactamente la cosa definida.

ANTONIO FIOCCA.

MAS SOBRE LA COMPLICIDAD CORRELATIVA

El egregio fiscal de S. M. en el Tribunal de Casación de Roma, Antonio Fiocca, me ha hecho el honor de criticar, con un estudio publicado en este periódico (vol. v, núm. 5, 29 de Noviembre de 1893), el artículo sobre la *Complicidad correlativa* que yo escribí en el núm. 17-18 de la revista *La Scuola Positiva.*

Y puesto que él mismo reconoce que mis observaciones, ya que no otra cosa, tienen «el mérito incontestable de haber llamado la atención del legislador sobre hechos de sangre que no pocas veces suelen ocurrir en ciertos movimientos populares», me permito contestar á sus críticas, esperando que la polémica sirva al menos para provocar un poco de interés sobre un argumento que merecería ser tratado con amplitud.

Contestaré por orden, punto por punto, pidiendo desde ahora perdón de si, por la necesidad de ser claro y preciso, tengo que reproducir mis palabras.

En mi breve estudio había dicho que el art. 378 del Código penal italiano ha rejuvenecido la feroz fórmula de Aladino: *Pur che il reo non si salvi, il giusto pèra*—

e l' innocente,—y que el criterio de justicia que el mismo envuelve se asemeja al empleado por Simón de Monfort contra los albigenses, puesto que el legislador ordena en aquel artículo: castigadlos á todos, que la justicia (si la hay) elegirá á los suyos.

Fiocca cree que «estas frases no tienen significación alguna y se recuerdan fuera de propósito, puesto que siendo necesario, en la hipótesis de la complicidad correlativa, que todos los agentes hayan tomado parte en la ejecución del delito, todos ellos son, por consiguiente, culpables. Luego la inocencia está fuera de peligro, y Sighele puede, por esta parte, dormir el sueño más tranquilo de este mundo».

Yo no sé si la inocencia estará siempre verdaderamente fuera de peligro; de todas suertes, mis palabras—perdóneme el egregio contradictor—debían ser comprendidas de un modo algo más amplio de lo que él lo ha hecho. En efecto, es indudable que si no *un inocente* en el sentido absoluto de esta palabra, *un culpable de una acción casi insignificante* puede, en virtud del art. 378 del Código penal, ser castigado lo mismo que el que ha matado. No soy yo solo, tocado de positivismo, quien afirma esto; lo afirma tambien el honorable Nocito, el cual, en la Comisión de revisión del Código penal, exclamaba: «*En sustancia, con tal artículo* (el 378), *se castiga al que ha dado un puñetazo lo mismo que al que ha matado*», y ninguno de los otros miembros de la Comisión tuvo nada que objetar á esta observación; solamente Arabia respondía melancólicamente que «es una triste necesidad la teoría de la complicidad correlativa, según la cual, ó no se debe castigar á ninguno, ó hay que castigar á todos los que concurrieron.» (*Verbali della commissione di revisione,* pág. 627).

Ahora bien: si Fiocca cree que esta teoría es lógica y justa; si le parece retórica vacía el asemejarla á la fórmula de Aladino; si castigar al que dió un puñetazo lo mismo que al que mató, es una justicia que le satisface; y si con suave ironía me aconseja *«dormir el sueño más tranquilo»;* por mi parte, confieso que no sé qué contestarle, porque no se trata ya de una cuestión de derecho, sino de una cuestión de conciencia. Y en las cuestiones de conciencia no vale discutir: cada uno tiene la suya.

Vengamos á la segunda crítica de Fiocca, la cual se enlaza con la primera.

Yo había escrito que la «institución de la complicidad correlativa destruye de un solo golpe los criterios de justicia y la proporcionalidad de la pena al delito, que los legisladores se han obstinado hasta ahora en sostener como los fundamentos del derecho».

Fiocca pregunta: «¿Dónde están las pruebas?», y lo pregunta con el aire de uno que está seguro de que estas pruebas no se pueden dar. Me engañaré, pero yo creía que las había dado. De todas suertes, las repiteré—*repetita juvant*—y las repetiré muy brevemente, resumiéndolas en esta única observación: desafío á cualquiera á que niegue que con el art. 378 se viene á admitir implícitamente que en ciertos casos el delincuente puede ser castigado en *más* ó en *menos* del tanto del mal que ha hecho; desafío á cualquiera á que niegue que en tales casos la pena no es proporcionada al delito cometido. Por lo demás, ¿no han reconocido todos, y el honorable Zanardelli el primero, que el art. 378 se funda sobre una *transacción de prueba?* Entonces, ¿qué más queréis para *probar* que no existe en tal caso proporcionalidad entre pena y delito?

Pero la gran cuestión sobre la complicidad correla-

tiva es la siguiente: Yo dije que el art. 378, además de *injusto* (y esto me parece haberlo demostrado), era *inútil*. En efecto, escribía yo, para aplicar el art. 378, hay que demostrar que las personas imputadas *han tomado parte en la ejecución del delito*, esto es, hay que demostrar la existencia de *un acto de complicidad*. Ahora, cuando se demuestre la existencia de este acto de complicidad, como el mismo caerá necesariamente dentro de una de las hipótesis del art. 64, resultará inevitable la punición de los culpables con arreglo á este artículo, sin necesidad alguna del 378.

Fiocca, después de una digresión histórica acerca de los orígenes de la institución de la complicidad correlativa, afirma, por el contrario, que el art. 378 es *necesario*, porque *no es verdad* que á los llamados cómplices correlativos pueda aplicarse el art. 64 del Código penal. Y para probar su aserto escribe lo siguiente: «Que la complicidad ordinaria no puede adaptarse á los casos de complicidad correlativa, es evidente con sólo considerar un poco la naturaleza jurídica de la primera. Las varias formas de complicidad ordinaria están todas ellas agrupadas en el art. 64 del Código penal, y cada una de ellas presupone necesariamente un autor principal en torno del que se agrupan y giran los cómplices, como los satelites al rededor del planeta. Ahora, si la complicidad ordinaria presupone necesariamente un autor principal, es evidente que cuando éste no es conocido, viene á faltar un requisito esencial de la complicidad ordinaria, tal y como se halla formulada en el art. 64, y por consecuencia, este artículo no es aplicable. Dada esta inaplicabilidad, el que no quiera la impunidad de los culpables no puede menos de aceptar la doctrina y la institución de la complicidad correlativa, excogita-

da por la sabia jurisprudencia de las provincias meridionales. Luego esta institución, lejos de ser inútil, como pretende Sighele, es necesaria, y bien sabe él que *necessitas facit jus.*»

Contesto que, á mi juicio, Fiocca ha caído aquí en una grande equivocación. Estoy de acuerdo con él en admitir que toda forma de complicidad comprendida en el art. 64 *presupone* el autor principal, pero no creo que para aplicar el art. 64 sea siempre necesario que el autor presupuesto *sea además conocido.* Aquí está el equívoco. En efecto; ¿por qué razón, en un caso dado, no ha de poderse aplicar el art. 64 á Ticio, que ha, supongamos, *suministrado medios ó facilitado la ejecución* de un homicidio, si no se sabe quién de entre él y sus compañeros sea el autor de este homicidio? ¿Es necesario que el homicida sea conocido para poder castigar, en tal caso, á Ticio como cómplice? Si Ticio, por ejemplo, después de haber concertado con Cayo y con Sempronio matar á Mevio, suministró á sus compañeros las armas para el delito, y si Mevio fué muerto con una de estas armas, ¿no podrá Ticio ser castigado conforme al art. 64, núm. 2.°, aunque no se sepa quién de entre él y sus compañeros dió el golpe fatal?

Yo, en verdad, no insisto sobre este argumento, porque me parece que el egregio Fiocca ha querido probar aquí demasiado y... lo demasiado estorba (1).

---

(1) En apoyo de la opinión expresada, transcribo de la obra de Giacchetti, *Dei reati e delle pene in generale secondo il Codice penale italiano* (vol. III, § 32, pág. 96), las siguientes palabras: «Es verdad que en todo hecho que constituya delito debe haber ejecutor ó ejecutores inmediatos del mismo. Podrá en un delito faltar la participación, pero no podrá jamás faltar el autor. Esto es elemental. Pero si no puede faltar el autor del delito, el *auctor sceleris*, no resulta como consecuencia que no pueda pro-

Pero el colmo á que llegan, como rasgo final, las afirmaciones de Fiocca, es el siguiente: según él, los cómplices correlativos son individuos extraños que no pueden haber cometido ninguno de los actos de complicidad no necesaria que comprende el Código (art. 64, primera parte), y no pueden tampoco haber cometido ninguno de los actos de complicidad necesaria (art. 64, última parte).

De donde resulta lógicamente que si el Código debiera ser interpretado como lo interpreta Fiocca, la primera parte del art. 378 no se podría aplicar más que á los autores materiales del delito, porque la

cederse contra los participantes, si los hay, cuando no se proceda contra el autor, ó no se le condene. Para la declaración legal de la participación criminosa, es necesaria la precedente declaración de un hecho principal criminoso: determinada la existencia del delito, ó sea del hecho punible, no es necesario para que exista participación en aquel delito QUE SE HAYA COMPROBADO ó condenado al autor ó autores. El participante principal ó secundario puede ser sometido á pena, AUN CUANDO EL AUTOR NO HAYA SIDO DESCUBIERTO, ó haya muerto antes de haber sido juzgado, ó no pueda juzgarsele porque tenga un privilegio personal, ó una vez juzgado, se le declare no culpable y se le absuelva. Y esto, por la razón de que el concurso ó participación es un delito que subsiste por sí, y para determinar su existencia, basta, repetimos, LA SOLA DECLARACIÓN DE QUE SE HA COMETIDO EL DELITO PRINCIPAL. La jurisprudencia italiana ha confirmado varias veces todas estas teorías; y no menos explícita es la jurisprudencia francesa, la cual ha establecido especialmente estas dos máximas: «una vez que se ha reconocido la existencia, del hecho principal, no hay necesidad de que el autor del delito esté presente para que pueda recaer pronunciamiento sobre los hechos de complicidad y sobre la culpabilidad de los que por ella estén procesados; un procesado puede ser condenado como cómplice de un delito, aun cuando el que hubiere sido designado como autor haya sido absuelto y *aunque el autor no sea conocido.*» Ver en Giacchetti, ob. cit., loc. cit., todas las sentencias, tanto italianas como francesas, que sancionan este principio.

figura del autor es la única que no reconoce él inaplicable en el caso de complicidad correlativa. Y debe notarse que aquí no se trataría de autores *posibles* ó *probables*, sino de autores la prueba de cuya acción se hubiera conseguido, puesto que para aplicar el artículo 378, hay que demostrar la existencia de *un acto de participación*, y no pudiendo ser este acto de participación, según Fiocca, ni uno de los actos á que se refiere el art. 64 ni un acto de cooperación inmediata (pues en tal caso no se aplicaría la diminución de pena), tendría que ser *necesariamente* un acto consumativo del delito (!!). En el cual caso, digo yo, bastaría con el art. 64.

En una palabra: por otro camino, ha venido Fiocca á ofrecer una nueva prueba de la *inutilidad* y de la *injusticia* del art. 378.

Vengamos á la última observación del egregio contradictor. Al final de mi artículo, escribía yo estas palabras: «Lo que constituye verdaderamente la complicidad es el *acuerdo* entre las voluntades particulares de varios individuos, la *fusión* de sus intenciones. Este acuerdo puede ser premeditado ó instantáneo. Pero puede suceder que varias personas *participen* en un hecho sin que entre ellas haya tenido lugar acuerdo alguno premeditado ó repentino. Suponed el ejemplo más común: el de unas lesiones ó un homicidio ocurrido en una manifestación pública. Algunos individuos tiran piedras contra una casa: una persona queda ó herida ó muerta: se ignora quién la haya herido ó muerto, pero se sabe que las piedras las tiraron tres, cuatro, diez personas. *Esta sería, según el Código, la hipótesis de complicidad correlativa.* Pero ¿dónde está la complicidad, esto es, el acuerdo, si estas personas vinieron por calles diferentes, sin conocerse, y

tiraron las piedras acaso movidas por un fin análogo (acaso también, y con más probabilidad, movidas por un fin distinto), pero sin comunicárselo, sin saber una de otra, sin apercibirse de ser solidarias y de ejecutar una acción idéntica? En tales casos no se debería hablar de *complicidad,* sino de *responsabilidad correlativa,* y para tales casos sería verdaderamente útil la creación de un artículo especial de ley, porque quedan fuera de las acostumbradas hipótesis de la complicidad.»

Fiocca reconoce la necesidad de la creación de este artículo especial que yo invoco, y si no me engaño, encuentra también exacto el nombre de *responsabilidad correlativa,* que he propuesto. Solamente niega que la hipótesis para la cual pido yo una nueva disposición de ley caería ahora, *dado nuestro Código,* bajo la sanción del art. 378. Y lo niega con esta sola frase: «Cuando falta la conspiración ó el acuerdo, no hay por qué hablar de complicidad correlativa.» Yo le invito á que vuelva á leer el art. 378, y si en él se habla ó se da á entender, aun remotamente, que hay necesidad de que exista *conspiración* ó *acuerdo* entre los imputados, estoy dispuesto á darle la razón. Pero el artículo es demasiado claro para que pueda dar lugar á dudas á este propósito: «Cuando varias personas tomen parte en la ejecución de alguno de los delitos previstos en los artículos..., y no se conozca al autor del homicidio ó de la lesión, todos ellos quedan sometidos á las penas, etc....» Por tanto, Fiocca puede tener la opinión que dice (y quizá no se equivoque, teóricamente), pero no puede censurarme á mi por haber dicho que, *según el Código*, la hipótesis de que se trata caería bajo la sanción del art. 378.

Antes de abandonar la lucha, Fiocca, como verdade-

ro paladín de la institución de la complicidad correlativa, ha querido romper también una lanza en favor de la pena establecida por el art. 378, la cual pena no es, como es sabido, ni la de la *complicidad no necesaria,* ni la de la *complicidad necesaria,* sino una pena extraordinaria. El argumento es de relativa importancia, pero bueno es aclararlo. Fiocca encuentra justa aquella pena extraordinaria: yo he dicho que es injusta; y puesto que en esta opinión me acompaña Impallomeni, me parece oportuno reproducir sus palabras: «Esta *extraordinariedad,* dice, cuya utilidad no comprendemos bastante, no puede aceptarse desde el punto de vista de la doctrina, porque la doctrina ha condenado suficientemente las transacciones de prueba. Cada uno debe ser castigado ni más ni menos que por lo que consta que ha hecho, no por lo que es posible que haya hecho; y lo que en el art. 378 se prevé como demostrado es ni más ni menos que la participación en el hecho con actos de complicidad, puesto que se excluye la hipótesis del autor y la hipótesis del cooperador inmediato. *No debería, pues, ocurrir que un cómplice no necesario sea castigado más gravemente que en el caso en que el autor fuera conocido.*» Ahora, añado yo, como esta última hipótesis es cabalmente la del art. 378, es evidente la injusticia *en perjuicio* de los culpables.

Por tales razones, criticaba yo la pena extraordinaria. Y como Fiocca no ha podido negar el hecho, me quedo, modesta, pero firmemente con mi opinión.

Y ahora, concluyamos.

El artículo de Fiocca termina de esta manera: «La complicidad correlativa no merece las acerbas censuras de Sighele ni las mortificantes agudezas de aquel su *ingenioso amigo* que la definía: «el juego de la lote-

ría aplicado á la justicia penal», y que al definirla de este modo mostró—perdóneme que lo diga—conocer poco exactamente la cosa definida.»

Declaro, por cuenta de mi *ingenioso amigo,* que no le ha hecho mella ninguna la acusación de ignorancia lanzada contra él. En el fondo, toda la justicia, sin que por eso seamos irrespetuosos ni pesimistas (y en el momento por que atravesamos habría derecho á serlo), es un juego en que unos pierden y otros ganan. Lo general es que ganen (doloroso es decirlo) aquellos que pueden apuntar las sumas más fuertes. Cuanto á la complicidad correlativa, supuesto que los mismos legisladores admiten que se funda sobre una transacción de prueba, y supuesto que por virtud de ella pueden ser castigados igualmente los reos de acciones inmensamente distintas en gravedad é importancia, no me parece exagerado definirla como la disposición más ilógica y más arbitraria de todo el Código. Lo cierto es que, por el art. 378, el autor del delito *gana* (por cuanto se le castiga menos de lo que debía) y el cómplice no necesario *pierde* (puesto que se le castiga más de lo que debía). Estos son hechos que NADIE puede negar, y en vista de estos hechos, yo me creo en el derecho de afirmar que, si el art. 378 no representa el juego de la lotería, representa sin duda un juego de azar.

Para mostrar, con un último ejemplo, de cuáles errores jurídicos y de cuáles absurdos morales es causa el art. 378 del Código penal, voy á reproducir aquí y

á comentar una curiosa sentencia del Tribunal de Casación, sentencia que antes y en lugar de mi pobre artículo debió provocar las iras del egregio Antonio Fiocca.

Tribunal de casación (Sección 1.ª), audiencia de 11 de Enero de 1892. Presidente, Ghiglieri; ponente, Muratori.

La diminución de pena sancionada en la primera parte del art. 378 del Código penal, lo mismo que no aprovecha á los cooperadores inmediatos del delito, tampoco aprovecha á sus ejecutores.

Omissis.

«El art. 63 del Código penal, al establecer la pena del delito, primero para los ejecutores y después para los cooperadores inmediatos, demuestra claramente que la ley no denomina *ejecutor* al que toma una parte cualquiera en la ejecución material del delito, al cual se refiere el art. 64, sino á quien con la obra de la propia voluntad y de la propia actividad física se hace autor del delito. De donde resulta claramente que la disposición de la primera parte del art. 378, así como no aprovecha á los cooperadores inmediatos, tampoco puede aprovechar, con mayor razón, á los *ejecutores*, cuya responsabilidad, cuando no es mayor, es el prototipo de toda imputabilidad penal.

»Por tales motivos, deniega.»

El *Foro penale* (parte II, pág. 220) comentaba esta sentencia del siguiente modo:

»Nos duele tener que decir que el Tribunal Supremo no ha comprendido todavía el significado lógico y jurídico del art. 378.

»La sentencia de que se trata razona, diciendo que

el art. 63 del Código penal pone al mismo nivel al *ejecutor* y al *cooperador inmediato*. Por *ejecutor* debe entenderse aquel que, con obra de la propia actividad física, se hace *autor del delito*, no ya aquel que toma una parte cualquiera, secundaria, en la ejecución del mismo, porque á este caso provee el art. 64. Es decir, que autor y ejecutor son como sopa y pan calado: una misma cosa. Pero la ley castiga con la misma pena al *autor* ó *ejecutor* y al *cooperador inmediato*; luego, si no es algo más, el ejecutor es, ante la ley, por lo menos igual al cooperador inmediato; y si por virtud del apartado segundo del art. 378, no se aplica al cooperador inmediato la diminución de pena concedida en la primera parte del mismo artículo, con igual, si no con mayor razón, no se aplica la diminución referida al ejecutor del delito (!!!). Entonces ¿á quien se aplica? ¿Y qué significado tiene todo el artículo?

»Lo hemos dicho, y no podemos abstenernos de repetirlo: el Tribunal Supremo, al razonar de esta manera, ha mostrado claramente no haber comprendido el art. 378 del Código penal. Lo cual es deplorabilísimo á más no poder. En efecto, ¿qué significa este artículo? Una transacción. ¿A quien se aplica? A los autores ó ejecutores *conocidos* como tales, pero *desconocidos* bajo cierto aspecto: conocidos, como personas que concurrieron á la consumación del delito; desconocidos, en cuanto á la parte que cada uno ha tomado efectivamente en el acto de consumarlo. La herida mortal ha sido una: los que tomaron parte directa en el hecho de su producción eran varios. ¿Quién de ellos la produjo? He aquí lo desconocido que induce al legislador á una transacción.

»Resulta, pues, que lo esencial para el art. 378 es que no sea conocido el autor preciso de la herida mor-

tal, que sea desconocido el ejecutor preciso del homicidio; porque si es conocido, el art. 378 se hace inaplicable: al autor ó ejecutor conocido se le castiga conforme al art. 364.

»Pero el *autor* y el *ejecutor* de un homicidio no son lo mismo que el *cooperador inmediato* del referido homicidio; sin necesidad de buscar las razones, por lo demás evidentísimas, en virtud de las cuales el legislador, aun no confundiéndolos en una misma específica denominación, ha creído deber equipararlos en la responsabilidad, y por lo tanto, en la pena. Ahora, si el autor ó ejecutor puede ser conocido ó desconocido, también puede serlo el cooperador, independientemente de que el autor ó ejecutor del delito sea conocido ó desconocido; y si el art. 378 no se refiere al autor ó ejecutor conocido, tampoco puede ser aplicado al cooperador conocido. Para decir que Fulano es cooperador, se necesita que la parte que haya tomado sea conocida. Si así no fuera, ¿cómo sería posible llamarlo tal?

»El *cooperador inmediato* del Código italiano corresponde al *agente principal* del Código sardo, y la obra prestada por el mismo, como la del autor ó ejecutor, su concurso inmediato en la ejecución del delito puede ser fácilmente demostrada. ¿Se demuestra? Entonces desaparece la razón de por qué se le aplica la regla fijada en la primera parte del art. 378. Ha querido el delito, ha concurrido inmediatamente á la ejecución del mismo, se le conoce á él, como se conoce su obra: responda, pues, conforme el art. 63, como respondería el autor si fuese también conocido. ¿No se demuestra? Entonces, la transacción, que es regla del art. 378, le es también aplicable á él. Todo se reduce á una cuestión de prueba.

»Por tanto, el párrafo segundo, como observa perfectamente el profesor Tuozzi (1), viene á confirmar más y más la razón por la que el art. 378 concede la reducción de pena, razón que, repetimos, está en el desconocimiento del autor preciso del homicidio. Verdaderamente, Arabia escribe á este propósito: Este último inciso parece que podía ser suprimido, porque convierte toda la teoría en dudosa. Si no se conoce al autor del hecho, difícilmente serán conocidos los cooperadores: si el hecho es único, no puede haber cooperadores: si el hecho consiente la cooperación de varios y ésta resulta demostrada, no habría necesidad de decir que estamos en el caso de las hipótesis generales. La ejecución se funda cabalmente sobre la duda de la prueba de los particulares del hecho. Pero *quod abundat non nocet,* antes bien, á decir verdad, la perplejidad habría nacido precisamente con respecto al cooperador inmediato, si no se hubiera hablado de él; porque si el *ejecutor* es *autor,* no lo es el *cooperador inmediato;* por tanto, en la hipótesis del art. 378, ¿qué pena se le habría aplicado cuando fuese conocido?

»Si, pues, en la cuestión propuesta á los jurados y denunciada á la censura del Tribunal Supremo con el recurso que la sentencia que examinamos ha denegado, se hubieran comprendido, de una manera alternativa, las dos distintas hipótesis conducentes á distinta responsabilidad penal, esto es, del autor ó ejecutor desconocido y del cooperador inmediato, el vicio de complejidad hubiera sido manifiesto. De todas maneras, nosotros aquí nos hemos propuesto poner en relieve el gravísimo y casi inexplicable error que se encierra en la sentencia que hemos publicado.»

(1) Tuozzi: *Corso di diritto penale secondo il nuovo Codice*, vol. II, pág. 141.

Ahora, lo primero que debemos notar es que este pobre art. 378, no debe ser la más perfecta de las disposiciones legislativas, cuando es posible interpretarlo de modos diametralmente opuestos (como sucede con Fiocca y con la citada sentencia), y cuando, después de todo, para aplicarlo hay que hacer el razonamiento que ha hecho el *Foro penale*, razonamiento que se quiebra de puro sutil.

El honorable Zanardelli puede estar orgulloso: en el seno mismo de la casación única, que él ha establecido para que la jurisprudencia sea uniforme, encuentra quien afirma que la primera parte del art. 378 *sólo* es aplicable á los *ejecutores* del delito, y quien afirma que tal artículo no puede en modo alguno aplicarse *precisamente á los ejecutores*. Y adviértase que no se trata de cuestiones secundarias: es la esencia misma de una disposición legal lo que se juzga de opuesta manera (!).

Y cuando, para salir de dudas y aclarar las ideas (si es posible), os dirigís á una revista jurídica, os encontráis con la nota del *Foro penale*, la cual trata á los ejecutores, á los autores y á los cooperadores inmediatos (que son, no obstante, hombres) como si fueran cantidades algébricas, y os dice que estas cantidades son en parte *conocidas* y en parte *desconocidas*, una cosa que se ve y no se ve, una especie de juego de prestidigitación.

Le dan á uno ganas de exclamar: ¡menos sutilezas, menos pedantería, y... un poco más de buen sentido!

A mi juicio, el buen sentido aconseja suprimir, como ya he dicho, el art. 378; pero una vez que este artículo existe, aconseja que se le haga decir... las menos tonterías posibles.

Digo tonterías, por no decir inmoralidades, pues

inmoralidad sería que al *ejecutor* se le castigase menos que al *cooperador inmediato*.

Hagamos una hipótesis, que es la mejor manera de entendernos y de no discutir en las nubes.

Dos individuos disparan sus fusiles contra Fulano, teniendo ambos intención homicida, mientras Zutano lo tiene sujeto para que no pueda huir y sea víctima de sus agresores. Fulano muere herido por un solo tiro. Zutano es cooperador inmediato, y por tanto, no puede gozar de la diminución de pena establecida en la primera parte del art. 378. Los dos que han disparado son cómplices correlativos, si no se sabe cuál de los dos ha herido á Fulano, y por lo mismo, gozan de los beneficios del art. 378.

Esta sería la solución que invoca el *Foro penale* (solución reñida con la lógica y con la moral) y que con mucha probabilidad tuvo presente y quiso evitar el Tribunal Supremo, al sentenciar que la primera parte del art. 378, lo mismo que no se aplica á los cooperadores inmediatos, tampoco se aplica á los ejecutores del delito.

En efecto, repugna pensar que la ley imponga un castigo más leve que al cooperador inmediato á quien es más culpable que él.

Podrá decirse en este caso que los *ejecutores*, aun siendo *conocidos* como tales, son, bajo cierto aspecto, *desconocidos*, porque no se sabe si fué la bala del fusil del uno ó la del otro la que alcanzó á la víctima; pero á mí me parece que con lo que se *conoce* del obrar de cada uno, hay bastante para considerar que no debe aplicárseles ninguna diminución de pena. Al menos, no se comprende por qué la ley, que niega el beneficio de esta diminución al cooperador inmediato, se lo concede al ejecutor.

Pero supongamos que en el ejemplo que hemos puesto se haya llegado á descubrir quién de entre los dos que dispararon mató efectivamente á Fulano. En tal caso, uno sería castigado como el verdadero autor, ¿y el otro?

No seguramente como complice, sino con arreglo á lo dispuesto en el art. 63, es decir, en idéntica medida que el verdadero autor. Luego el descubrimiento del autor no tendría ninguna consecuencia penal, pues la pena sería idéntica en ambos casos.

Ahora nos encontramos frente al siguiente absurdo: el descubrimiento del verdadero homicida no modificaría en nada la responsabilidad de cada uno de los ejecutores; y sin embargo, cuando este descubrimiento no se logra, los dos ejecutores gozan del beneficio de la diminución de pena (!).

A decir verdad, la cosa es, además de absurda, bufa.

Por tales razones, yo apruebo *moralmente* la sentencia citada. En cambio, *jurídicamente,* esto es, en rigor de una interpretación ortodoxa, me parece que tiene razón el *Foro penale,* porque la segunda parte del art. 378 no excluye del beneficio concedido en la primera parte de dicho articulo más que al cooperador inmediato.

Y al dar la razón al *Foro penale,* encuentro un nuevo y último argumento para deplorar la creación del susodicho artículo, del cual no se sabe qué es más infeliz, si la sustancia ó la forma.

FIN

INDICE

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN DE LA COMPLICIDAD

CAPÍTULO II

LAS TEORÍAS JURÍDICAS ACERCA DE LA COMPLICIDAD

CAPÍTULO III

LA ESTADÍSTICA DE LA COMPLICIDAD

CAPÍTULO IV

LA PSICOLOGÍA DE LA COMPLICIDAD